Das Verhältnis

zwischen

Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung

Jnaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der

Eberhard-Karls-Universität

in

Tübingen.

*

Vorgelegt von

Fritz Munder

aus Cannstatt.

*

1 9 3 2

Druck: Otto Ulrich, Heilbronn a. N.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Berichterstatter: Professor Dr. STOLL.
Tag der mündlichen Prüfung: 15. Juli 1932.

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät (Rechtswissenschaftliche Abteilung) der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

Inhaltsangabe.

Einleitung . . . . . 11—13

I. Teil:
Die Teilungsanordnung.

§ 1. Erscheinungsform . . . . . 14—15
§ 2. Inhalt der Teilungsanordnung . . . . . 15—22
§ 3. Natur der Teilungsanordnung . . . . . 22—34
§ 4. Die Wirkung der Teilungsanordnung . . . . 34—39

II. Teil:
Das Vorausvermächtnis.

§ 5. Erscheinungsform 40
§ 6. Gegenstand und Inhalt des Vorausvermächtnisses 40—42
§ 7. Natur des Vorausvermächtnisses . . . . . 42—61
§ 8. Die Wirkung des Vorausvermächnisses . . . 61—72

III. Teil:
Das Verhältnis zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis.

§ 9. Die Bedeutung der Unterscheidung der beiden Institute . . . . . 72—73
§ 10. Wann liegt eine Teilungsanordnung, wann ein Vorausvermächtnis vor? . . . . . 73—92
§ 11. Die Besonderheiten des Hineinvermächtnisses 92—99
§ 12. Rechtsvergleichende Darstellung . . . . . 99—107

Literaturverzeichnis.

Berolzheimer, Richard, „Zuteilung eines nicht zum Nachlass gehörenden Gegenstandes durch erblasserische Teilungsanordnung" ArchZiv. Prax. Band 117 S. 404 ff.

Derselbe, „Wann bildet die Teilungsanordnung eine Beschränkung im Sinne des § 2306 BGB?" in Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1919, 13. Jahrgang Sp. 358 ff.

Binder, Julius, Bürgerl. Recht, Erbrecht im Kohlrausch-Kaskel Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft Nr. XI 2. Aufl. Berlin 1930.

Böhm, J. „Das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches" 2. Aufl. 1900.

Cosack, Conrad, Lehrbuch des Deutschen Bürgerl. Rechts, 7./8. Aufl. 1924. II. Band 2. Abteilung.

Crome, Karl, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 5, Aufl. 1912.

Curti-Forrer, Eugen, Komentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Aufl. 1911.

Dernburg, Heinrich, Deutsches Erbrecht, Bd. 5, 2. Aufl. 1905.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 3; 1. und 2. Aufl. Berlin 1904.

Ehrenberg in Jherings Jahrbücher für Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 41 S. 341 ff.

Ehrenzweig, Armin, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, II. Band, 2. Hälfte: Familien- und Erbrecht. Wien 1924.

Engel, Martin, „Das Vorausvermächtnis" Dissertation Greifswald 1911.

Endemann, F. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III. Band: Erbrecht 8. und 9. Aufl. I. Hälfte Berlin 1919; II. Hälfte Berlin 1920.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe mit Anmerkungen, 13. Aufl. 1927.

Güthe-Triebel, Kommentar zur Grundbuchordnung für das Deutsche Reich 5. Aufl. 1929.

Haidlen-Mayer, Das Nachlassgericht nach Reichsrecht und Württ. Landesrecht Aufl. 1912.

Hausen, „Die Bewertung von Landgütern bei Erbteilungen" in der Deutschen Juristenzeitung Jahrgang 1926 Sp. 1489/90

Hölder, Eduard, „Natürliche und juristische Personen" Leipzig 1905.

Kipp, Theodor, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus Kipp und Wolff 19./21. Aufl. 2. Bd. 3. Abteilung „Das Erbrecht" von Kipp 7. Bearbeitung 1928.

Kohler, J. „Gemeinschaften mit Zwangsteilung" in Arch Ziv Prax. Bd. 91 S. 309 ff. Tübingen und Leipzig 1901.

Kretzschmar, Ferdinand, „Das Erbrecht" des Deutschen BGB. 2. Aufl. 1913.

Derselbe, „Die Auseinandersetzung zwischen Miterben" in Sächs. Archiv für Rechtspflege Bd. 3 S. 129 ff.

Derselbe, „Das Vorausvermächtnis" in Sächs. Arch. f. Rechtspflege Jahrgang 1922 S. 2 ff.

Kress, Hugo, „Die Erbengemeinschaft nach BGB" Jena 1903.

Kuetgens, Wilhelm, „Das Vorausvermächtnis nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch" Dissertation Borna-Leipzig 1913.

Leonhard, Franz, Kommentar zum 5. Buche des BGB, Erbrecht 2. Auflage 1912.

Marcuse, Erich, „Die Zuwendung eines Nachlassgrundstücks unter Festsetzung eines Uebernahmepreises durch Vorausvermächtnis und durch Teilungsanordnung", Sammlung wissenschaftlicher Arbeiten Heft 55, Langensalza 1919.

Mayer-Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts von H. Mayer 2. Bd.: Das Erbrecht, 2. und 3. Aufl. 1900.

Meischeider, E. „Die letzwilligen Verfügungen nach dem BGB" Leipzig 1900.

Meyer, Paul, Das Erbrecht für das Deutsche Reich, Lehrbuch 1. — 7. Lieferung 1921.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, amtliche Ausgabe, Bd. 5, Erbrecht 2. Aufl. 1896.

Mugdan, B. Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 5: Erbrecht.

Nathan, Dr, „Schliesst eine letztwillige getroffene Teilungsanordnung die Annahme eines Vorausvermächtnises rechtsgrundsätzlich aus?" in Württ. Z. 1929 S. 33 ff.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 5, Erbrecht 4. Aufl. 1924/1926.

Protokolle der Kommision für die II. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. 5 Berlin 1899.

Reichsgerichtsräte Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, Erbrecht, 6. Aufl. 1928.

Rosenbauer, Hermann „Das Vorausvermächtnis" Dissertation Erlangen 1926.

Schey, Joseph, „Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch" Manzsche Ausgabe der Oesterreichischen Gesetze Bd. II. 22. Aufl. Wien 1930.

Sörgel, Th. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. II. 5. Aufl. 1931.

Stedler, Julius „Die Teilungsanordnung" Dissertation Greifswald 1926.

Staudinger, J. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, Bd. I: Allgemeiner Teil 9. Aufl. 1925; Bd. V: Erbrecht, 9. Aufl. 1928.

Strohal, Emil, Das Deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB Bd. I. und II. Aufl. 1903.

Unger, Joseph, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. 6. Das Oesterreichische Erbrecht. 4. Aufl. 1894.

Warneyer, O. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. Aufl. 1926.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550010_0080

Das Verhältnis zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis.

Einleitung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch bietet dem Erblasser im wesentlichen zwei, allerdings verschiedene Möglichkeiten, um einem oder mehreren seiner Erben ohne Veränderung der Höhe des Erbteils, wohl aber unter Beeinflussung der Erbteilwerte, bestimmte Nachlassgegenstände durch letztwillige Verfügung mit obligatorischer Wirkung zuzuweisen:

Die Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) und das Vorausvermächtnis (§ 2150 BGB).

Diese beiden Rechtsinstitute sind gesetzestechnisch, insbesondere in ihren Auswirkungen für die oder den Betroffenen — obschon sie manche Berührungspunkte aufweisen — so verschieden, daß eine scharfe und klare Abgrenzung, deren die beiden Institute in der Rechtsprechung, wie in der Literatur bis heute ermangeln, auch für das Bedürfnis der Praxis erforderlich erscheint.

Einleitend mag hier schon darauf hingewiesen werden, daß unser höchster Gerichtshof, das Reichsgericht, in seinen beiden, den begrifflichen Unterschied der beiden Institute mituntersuchenden Entscheidungen[1]) einen gegensätzlichen Standpunkt eingenommen hat.

Bedeutsam erscheint dabei die Tatsache, daß in beiden Fällen der IV. Zivilsenat entschieden hat.

In seiner früheren Entscheidung vom 27. Februar 1908 hat das Reichsgericht den begrifflichen Unterschied zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis dahin formuliert, daß eine Teilungsanordnung dann vorliege, wenn der Miterbe die ihm zugewiesenen Nachlaßstücke auf seinen Erbteil anrechnen

1) Erste Entscheidung: Urteil vom 27. II. 1908 in Seuff. Arch Bd. 63 Nr. 227 = ZBlFG Bd. 8. s. 770 ff.
Zweite Entscheidung: Urteil vom 21. II. 1924 in RGZ Bd. 108, 83.

lassen müsse, während ein Vorausvermächtnis dann gegeben sei, wenn der Miterbe die ihm zugewendeten Nachlaßstücke außer seinem Erbteil erhalte. Was der Erblasser gewollt habe, bezeichnet das Reichsgericht als Auslegungsfrage. Obschon das Reichsgericht in dieser Entscheidung zugibt, daß eine Teilungsanordnung, die einem Miterben bestimmte Nachlaßstücke zu niedrig bemessenen Uebernahmepreisen zuweist, zugleich eine Bevorzugung eines Miterben den anderen Miterben gegenüber enthalten könne und einen ähnlichen Erfolg haben könne, als wenn dem Miterben ein Vorausvermächtnis in Höhe der Preisdifferenz hinterlassen wäre, verneint es in Höhe des Preisunterschieds durchaus das Vorliegen eines Vorausvermächtnisses. Vielmehr wird in jener Entscheidung ausdrücklich betont, daß der wirtschaftliche Erfolg für die Bestimmung des rechtlichen Charakters einer Anordnung des Erblassers nicht entscheidend sei. Damit hat das Reichsgericht zweierlei anerkannt: Einmal, daß es Auslegungsfrage sei, ob eine Teilungsanordnung oder ein Vorausvermächtnis vorliegt, zum andern, daß es die Konkurrenz der beiden Institute ablehnt.

In seiner zweiten Entscheidung vom 21. Februar 1924 hat das Reichsgericht seine Rechtsauffassung hinsichtlich der Ablehnung der Konkurrenz, d. h. des gegenseitigen Ausschlusses der beiden Institute aufgegeben, und sich in einem Fall, wo letztwillig verfügt war, daß ein Miterbe bei Zahlung eines bestimmten Preises zur Uebernahme des Grundstücks berechtigt sein soll, auf den Standpunkt gestellt, daß diese Bestimmung zunächst lediglich eine Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) darstelle; für den Fall aber, dass der Erblasser den Uebernahmepreis etwa geringer bemessen habe, als es dem wahren Wert des Grundstücks damals entsprach, in der Teilungsanordnung zugleich auch ein Vorausvermächtnis enthalten sein könne.

Diese letztere Auffassung ist auch der Standpunkt der Praxis.

Wie schon eingangs erwähnt, ist eine strenge Unterscheidung zwischen Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung notwendig. Beide Rechtsinstitute sind der Ausdruck des unser Erbrecht beherrschenden Grundsatzes der Testierfreiheit. Sie eröffnen dem Erblasser zwei Wege, zu dem Ziel, das Schicksal seines Vermögens, insbesondere aber die Zuwendung bestimmter Nachlaßgegenstände seinem Willen gemäß zu bestimmen.

Beiden Instituten ist vom Gesetz verschiedene Wirkung beigelegt. Während beim Vorausvermächtnis grundsätzlich dem bedachten Erben eine von seiner Erbenstellung getrennte selbständige Rechtsstellung eines Vermächtnisnehmers eingeräumt ist, erfährt die Rechtsstellung des von einer Teilungsanordnung betroffenen Erben keine Veränderung. Aber nicht allein die Rechtssellung, vielmehr auch der wirtschaftliche Erfolg, zu dem die beiden Institute führen, ist grundlegend verschieden. Das Vorausvermächtnis bezweckt für den Erblasser die Ermöglichung, einem oder mehreren seiner Erben neben dem Erbteil noch einen besonderen Vermögensvorteil zukommen zu lassen. Im Gegensatz hiezu will das Institut der Teilungsanordnung dem Erblasser nur ein Mittel an die Hand geben, Bestimmungen für die Art und Weise der Auseinandersetzung, der Teilung seines Nachlasses zu treffen, ohne notwendigerweise dabei die oder den durch solche Anordnungen betroffenen Erben über ihre Erbteile hinaus zu bevorzugen.

Welches der beiden Institute im Einzelfall Anwendung finden soll, ist eine oft schwierige Auslegungsfrage. Dass beide zugleich Anwendung finden, ist nicht ausgeschlossen. Dem Zweck des Gesetzes entsprechend ist bei der Beurteilung des rechtlichen Charakters einer letztwilligen Verfügung als Teilungsanordnung oder Vorausvermächtnis ein sehr bedeutsames Kriterium die Tatsache, ob der zugewendete Gegenstand einen Teil des Erbteils des betreffenden Erben darstellen soll oder nicht; ob eine Anrechnung auf den Erbteil erfolgen soll oder nicht. Für den ersten Fall ist eine Teilungsordnung, für den zweiten Fall ein Vorausvermächtnis anzunehmen.

Um eine Grenzziehung zwischen den beiden Instituten vornehmen zu können, soll aber zunächst eine rechtsbegriffliche Betrachtung der beiden Institute vorangestellt werden.

I. Teil.

Die Teilungsanordnung.

§ 1. Erscheinungsform.

Nach § 2047 BGB beginnt die Auseinanderesetzung des Nachlasses mit dessen Liquidation und nur der Ueberschuss, der nach Deckung der Nachlaßverbindlichkeiten i. S. des § 2046 BGB verbleibt, ist unter die Erben nach Verhältnis ihrer Erbteile zu verteilen. Im Zusammenhang mit diesen Bestimmungen sagt Satz 1 des § 2048 BGB: „Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung Anordnungen für die Auseinandersetzung treffen". Damit ist schon zum Ausdruck gebracht, wie sehr der Gesetzgeber dem Willen des Erblassers, entsprechend dessen seitheriger Verfügungsmacht, gerecht zu werden, die Absicht hatte. Die Ausführung der Auseinandersetzung hat sonach in erster Linie sich dem Erblasserwillen zu beugen.

Zugleich bestimmt § 2048 BGB neben der ausdrücklichen Zulassung von Auseinandersetzungsanordnungen die Form, in die diese Anordnungen zu kleiden sind: „Die letztwillige Verfügung". Unter einer letztwilligen Verfügung ist gem. § 1937 BGB jede einseitige Verfügung von Todeswegen ohne Rücksicht auf Erbeinsetzung, Testament im Gegensatz zum Erbvertrag zu verstehen. Im Gegensatz zum Erbvertrag deshalb, weil dort die Widerruflichkeit, wie hier beim Testament nach § 2253 BGB nicht, jedenfalls nicht einseitig gegeben ist. Grundsätzlich kann also eine Teilungsanordnung nur in einem Testament getroffen werden. Die Bestimmungen des Erbvertrags: §§ 1941 Abs. 1 und 2278 Abs. 2 BGB umgrenzen jedoch scharf, was zum Inhalt eines solchen mit bindender Wirkung für die Vertragschließenden gemacht werden kann, indem sie nur Verfügungen in der Art von Erbeinsetzungen, Vermächtnissen und Auflagen zulassen. Damit aber ist eine Teilungsanordnung in vertragsmäßiger Form, das ist, die Vertragschließenden bindender Form in einem Erbvertrag zu vereinbaren, ausgeschlossen. Wenn das Gesetz dies hätte zulassen wollen, so hätte es einer ausdrücklichen Bestimmung bedurft, denn damit, daß das Gesetz eine solche Bestimmung nicht aufgenommen hat, hat es — was dem Institut der Teilungsanordnung gerecht wird — dem Erblasser die Freiheit der Entschließung gegenüber einer etwaigen Aenderung der Verhältnisse belassen. Soll somit eine Teilungsanordnung in einem Erbvertrag getroffen werden, so

kann dies nur nach § 2299 BGB, nämlich durch einseitige letztwillige Verfügung geschehen, die alsdann, wie jede einseitige Verfügung von Todeswegen jederzeit widerruflich ist[2]). Wird die Teilungsanordnung trotzdem vertragsmäßig getroffen, so ist sie als vertragsmäßige Verfügung, jedoch vorbehältlich der Aufrechterhaltung nach § 140 BGB in der Eigenschaft einer letztwilligen Verfügung, je nach dem anzunehmenden Willen des Verfügenden, unwirksam.

Ebensowenig wie bei dem Erbvertrag eine Teilungsanordnung vertragsmäßig getroffen werden kann, erstreckt das Gesetz die Wirkung der Korrespektivität bei dem gemeinschaftlichen Testament auf eine in einem solchen Testament getroffene Teilungsanordnung. § 2270 Abs. 3 BGB läßt Korrespektivitätswirkung vielmehr nur in Bezug auf Verfügungen zu, die Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen betreffen. Mag also das gemeinschaftliche Testament korrespektiv sein oder nicht, so kann eine in diesem Testament getroffene Teilungsanordnung nach den für den Widerruf einer letztwilligen Verfügung geltenden allgemeinen Vorschriften widerrufen werden[3]). Eine Ausnahme hievon wird man in dem Fall zulassen müssen, wo in einer Teilungsanordnung zugleich ein Vermächtnis enthalten ist[4]). Eine solche Anordnung kann sowohl vertragsmäßig in einem Erbvertrag, als auch mit korrespektiver Wirkung in einem gemeinschaftlichen Testament getroffen werden.

Daß eine Teilungsanordnung nur durch formgiltige letztwillige Verfügung, nicht durch einfache mündliche Bekanntgabe wirksam getroffen werden kann, bedarf keiner Begründung[5]).

§ 2. Inhalt der Teilungsanordnung.

Der Inhalt einer Teilungsanordnung kann sehr mannigfacher Art sein.

Die in § 2044 BGB vorgesehenen negativen Teilungsanordnungen sollen hier ausscheiden. Nach dieser Bestimmung kann der Erblasser durch letztwillige Verfügung die Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses oder einzelner Nachlaß-

2) Staudinger, Anm. 2 zu § 2299 BGB.
3) Vergl. Entsch. Bay. Ob. LG, Band 21 A S. 277.
4) RGR. Kom. § 2048 Anm. 1; Leonhard § 2048 Anm. I.
5) vgl. „Recht" 1918 Nr. 875.

gegenstände ausschließen, oder von einer Kündigungsfrist abhängig machen oder auch eine Erschwerung der Auseinandersetzung verfügen. Solche Anordnungen sind für die vorliegende Betrachtung ohne Bedeutung.

Wie der Name des Instituts: „Teilungsanordnung" selbst sagt, handelt es sich um Anordnungen für die Auseinandersetzung (§ 2048 BGB). Diese Anordnungen sind in erster Linie bindende Richtlinien für die Erben bei Ausführung der Auseinandersetzung. Sie bezwecken eine dem Willen des Erblassers entsprechende Auseinandersetzung. Was diese positiven Teilungsanordnungen betrifft, so wird deren Inhalt meist in der Anordnung des Erblassers bestehen, daß ein (Mit-) erbe das Recht oder die Verpflichtung zur Uebernahme eines oder mehrerer Nachlaßgegenstände haben soll. Das Gesetz hebt besonders den Fall hervor, daß die Anordnung des Erblassers insbesondere den Inhalt haben könne, daß die Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines Dritten erfolgen soll. Dieser Fall soll ebenso wie die Möglichkeit, daß durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers mittelbar auch eine Anordnung über die Auseinandersetzung des Nachlasses vorliegt[6]), hier außer Betracht bleiben, denn diese Anordnungen haben für die Frage nach dem Unterschied zwischen den beiden Instituten keine grundsätzliche Bedeutung. Berührungspunkte der Teilungsanordung mit dem Vorausvermächtnis können nur dort festgestellt werden, wo die Anordnung des Erblassers in der Zuweisung bestimmter Nachlassgegenstände an einzelne oder einen seiner Erben besteht. Anordnungen dieser Art sind auch die häufigeren, im Gegensatz zu den Fällen, die bei der Betrachtung ausscheiden sollen. Eine solche Anordnung, die die Zuweisung bestimmter Nachlaßgegenstände zum Inhalt hat, kann, wie schon oben gesagt, in der Einräumung eines Rechts oder in der Auferlegung einer Verpflichtung zur Uebernahme getroffen werden; auch kann diese Anordnung mit oder ohne Bestimmung eines Uebernahmepreises erfolgen. Dem Erblasser sind also vielerlei Möglichkeiten gegeben, auf welche Weise er einem oder mehreren seiner Erben Gegenstände zuweisen kann. Beide Male, sowohl bei Zuweisung eines Rechts als auch bei Zuweisung einer Verpflichtung zur Uebernahme eines Gegenstandes sind verschiedene Arten denkbar:

6) Staudinger, Anmerkung 1, Absatz 9 zu § 2048 BGB.

Die Zuweisung kann erfolgen:

1. Entweder mit Bestimmung oder
2. ohne Bestimmung

eines Uebernahmepreises. Wird ein Uebernahmepreis nicht genannt, so ist der Verkehrswert im Zeitpunkt des Erbfalls maßgebend. Ist aber ein Uebernahmepreis festgesetzt, so kann dieser

a) dem wahren Wert entsprechen
b) diesen übersteigen
c) hinter diesem zurückbleiben.

Hieraus ergibt sich, daß der mit einem Recht zur Uebernahme versehene Miterbe nicht unbedingt auch begünstigt ist. Begünstigt ist er nur insoweit, als es in seinem Willen steht, von diesem Uebernahmerecht Gebrauch zu machen oder nicht.

Im Einzelnen können sich die Teilungsanordnungen in den verschiedensten Richtungen bewegen. Der Erblasser kann anordnen, daß der gesamte Nachlass (Aktiven und Passiven) von einem Miterben übernommen werde und dieser verpflichtet sein soll, die übrigen Erben um ihre Erbansprüche zu befriedigen. So hat das Bayerische Oberste Landesgericht wiederholt entschieden, dass in der Bestimmung eines Erbvertrags, wonach der überlebende Gatte gegen Auszeigung des Vater- oder Mutterguts an die Kinder Alleineigentümer des gesamten vorhandenen Vermögens werden solle, eine Teilungsanordnung enthalten sei, da darin eine Erbeinsetzung des überlebenden Gatten und der Kinder zu bestimmten Anteilen zu erblicken sei[7]). Dabei ist die als Teilungsanordnung zu betrachtende Bestimmung ihrer Natur nach nicht als vertragsmässige, beide Teile bindende Verfügung, sondern als eine beiderseitige letztwillige Verfügung der Ehegatten anzusehen; denn die vertragsmässige Verfügung einer Teilungsanordnung ist nicht möglich[8]).

Setzt dagegen der Erblasser den überlebenden Gatten mit eben dieser Verpflichtung zum Alleinerben ein, so ist dieser Anordnung — nach einer Entscheidung des Bayr. Ob.L.G. vom 16. 11. 1901 — nur die Bedeutung einer Erbeinsetzung zu Gun-

7) Bay. Ob. LG. Z. Bd. 2,301 ff. = Recht 1904 S. 450 Nr. 1850.
" " " " " 5,657 = Recht 1905 S. 45 Nr. 174.
" " " " " 5,385.
8) Vgl. § 1 d. D. mit der S. 15 genannten Ausnahme. Stedler S. 46.

sten des überlebenden Gatten und einer Vermächtnisanordnung zu Gunsten der übrigen Personen, die die weiteren gesetzlichen Erben gewesen wären, in Höhe des Wertes der alsdann zum Zug gelangenden Erbteile, beizumessen[9]). Dieser Entscheidung ist beizutreten.

Eine Teilungsanordnung kann auch mittelbar die Größe der Erbteile bestimmen, wenn nämlich der Erblasser sämtliche Nachlassgegenstände an die ernannten Erben verteilt, etwa in der Weise — wie Kretzschmar in seiner Abhandlung anführt[10]) — dass der Erblasser bestimmt: „Ich setze meine Neffen A, B und C dergestalt zu Erben ein, dass A das Grundstück m, B das Grundstück n und C mein sonstiges Vermögen erhalten sollen". Hier ist der Wert der jedem Erben zugewendeten Gegenstände für die Grösse deren Erbteile massgebend, vorausgesetzt, dass die konkreten Umstände ergeben, dass in der Tat Erbeinsetzung gemeint ist[11]).

Das Reichsgericht hat auch darin, dass ein Erblasser bestimmte „sein Landgut solle mit dem Tode des letzten seiner Enkel den sämtlichen übrigen alsdann noch lebenden Abkömmlingen dergestalt zufallen, dass es dem Meistbietenden unter ihnen zugeschlagen und das Kaufgeld nach Häupterzahl verteilt werden solle", eine Teilungsanordnung erblickt[12]).

Es kann sonach eine Teilungsanordnung lediglich in der Einräumung einer Vormachtstellung eines Miterben im Verhältnis zu den übrigen Miterben bestehen. So hat das Reichsgericht z. B. darin, dass die Witwe als Miterbin die Nachlassgrundstücke nach freiem Ermessen ohne Mitwirkung der miterbenden Stiefkinder bei Erreichung eines bestimmten Preises verkaufen könne, und diese Kinder ihrerseits vorher weder Veräusserung noch Teilung verlangen können, eine Teilungsanordnung erblickt[13]).

Wie schon dargetan, interessieren aber hier vor allem die Teilungsanordnungen des Erblassers, die in der Zuweisung von bestimmten Nachlassgegenständen bestehen; mag die Zuweisung ein Recht oder eine Verpflichtung des von der Teilungsanordnung betroffenen Erben zur Uebernahme eines Nachlassgegenstandes begründen.

9) Bayr. Ob. LG Z. Bd. 2, 711.
10) Sächs. Archf. Rpfl. Bd. 3. S. 153; vgl. auch Stedler S. 46.
11) Binder S. 31.
12) RGZ. Bd. 52 S. 174.
13) Recht 1917 Nr. 69.

Summenzuwendungen werden wohl in der Regel als Vermächtnis zu erachten sein[14]), doch kann sich aus dem Zusammenhang der letztwilligen Verfügung sehr wohl auch ergeben, dass mit der Zuwendung einer bestimmten Geldsumme nur ein bestimmter Bruchteil des Vermögens bezeichnet werden sollte[15]). So kann in der Beschränkung des Erbteils eines Miterben auf eine bestimmte Geldsumme eine Erbeinsetzung verbunden mit einer Teilungsanordnung nach § 2048 BGB enthalten sein; der Zahlungsanspruch des Miterben setzt in einem solchen Fall nicht die Auseinandersetzung voraus. Natürlich muss alsdann die Vermächtnisvermutung aus § 2087 Abs. 2 BGB für widerlegt erachtet werden können[16]). Der betr. Miterbe geniesst insofern, als er einen solchen Anspruch regelmässig schon vor der Auseinandersetzung geltend machen und sich somit frühzeitiger den Besitz und Genuss seines Erbteils verschaffen kann, einen dem Vermächtnis rechtsbegrifflich anhaftenden Vermögensvorteil (i. S. § 1939 BGB). Dieses Beispiel schon zeigt eine gewisse Konkurrenz von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis.

Im übrigen handelt es sich bei einer Teilungsanordnung des Erblassers, die in dem Rechte eines Miterben zur Uebernahme eines bestimmten Nachlassgegenstandes besteht, häufig um eine Begünstigung des von der Teilungsanordnung betroffenen Miterben, jedenfalls grundsätzlich dann, wenn

a) ein Uebernahmepreis nicht festgesetzt ist, oder

b) der festgesetzte Uebernahmepreis sich unter dem wahren Wert befindet;

eine Begünstigung deshalb, weil der mit dem Uebernahmerecht versehene Miterbe eine günstigere Stellung einnimmt, da er den ihm zugewiesenen Gegenstand, der unter Umständen ihm noch wertvoller sein mag, bei der Auseinandersetzung — ohne die Teilungsordnung — evtl. gar nicht bekommen könnte, etwa deshalb, weil der wahre Wert dieses Gegenstandes seinen Erbschaftsanspruch der Höhe nach um ein Vieles übersteigen würde.

Für den Fall aber, daß der festgesetzte Uebernahmepreis den wahren Wert zufällig übersteigen würde, kann von einer

14) Motive V 61; Seuff. Bl. Bd. 73 S. 417; ZBlFG Bd. 31 S. 702.
15) WarnE 1913 Nr. 240 = Recht 1911 Nr. 2912.
16) Seuff Arch. Bd. 77 Nr. 149; Recht 1923 Nr. 671.

Begünstigung wohl nicht mehr gesprochen werden, auch wenn der Erblasser der Ansicht gewesen sein sollte, als sei der von ihm festgesetzte Wert ein für den betreffenden Miterben günstiger Wert.

In gleicher Richtung, jedoch ohne Begünstigungscharakter liegen die Fälle von Teilungsanordnungen, in denen die Bestimmung des Erblassers dem betreffenden Miterben eine Verpflichtung zur Uebernahme eines Nachlassgegenstandes auferlegt. Auch hier ist der Fall, der der Teilungsanordnung einen besonderen Charakter verleiht, beachtlich, nämlich der, dass man grundsätzlich eine gewisse Benachteiligung des von der Teilungsanordnung betroffenen Miterben, jedenfalls dann annehmen darf, wenn der Uebernahmepreis den wahren Wert übersteigt.

Eine Teilungsanordnung hat das Reichsgericht auch in der Bestimmung des Erblassers erblickt, dass die Kinder bei der Erbauseinandersetzung gewisse Zuwendungen unter Lebenden zur Ausgleichung bringen sollen[17]).

Auch die Bestimmung des Erblassers, die anordnet, dass eine Schuld eines Miterben auf seinen, bezw. dessen Erben Erbteil anzurechnen sei, kann als Teilungsanordnung wirksam erfolgen[18]).

Der Natur der Teilungsanordnung soll jedoch später ein besonderer Abschnitt gewidmet werden[19])

Wenn oben der Standpunkt vertreten wurde, dass für den Fall der Zuweisung eines Nachlassgegenstandes ein Uebernahmepreis nicht festgesetzt ist, alsdann der Verkehrswert massgebend ist, so macht das Gesetz in § 2049 BGB. eine wichtige Ausnahme für den Fall, dass der Erblasser eine Anordnung i. S. des § 2048 BGB., welche dahin geht, dass einer der Miterben das Recht haben soll, ein zum Nachlass gehörendes Landgut zu übernehmen, trifft, indem es eine Auslegungsregel dahin aufstellt, dass im Zweifel das Landgut zum Ertragswert angesetzt werden soll[20]).

Diese — agrarpolitische — Vorschrift wurde erst in der zweiten Lesung der II. Kommission eingefügt, nachdem reichsrechtliche über das Anerbengut abgelehnt waren[21]).

17) RGZ. Bd. 113 S. 46, vgl. Zentr. Bl. FG. Bd. 14 Nr. 559 (OLG. Kolmar)
18) OLG. Bd. 24 S. 83 (OLG, Dresden).
19) vgl. § 3 d. D.
20) Staudinger Anm. zu § 2048 BGB.
21) Protokolle VI S. 330—335.

Die Worte „im Zweifel" besagen, dass seitens des Erblassers bei der Anordnung des Uebernahmerechts ein Uebernahmepreis nicht festgesetzt wurde, und eine sichere Vermutung über seinen wahren Willen sich nicht aufstellen lässt. Nur in diesem Fall kommt diese Auslegungsregel des § 2049 BGB. zum Zug. Hat dagegen der Erblasser selbst angeordnet, dass das Landgut zu einem bestimmten Anschlag, zu dem Verkaufspreis oder zu einem anderen als dem Ertragswert angesetzt werden soll, dann scheidet § 2049 BGB. aus[22]).

Zu der Zeit der Schaffung dieser Auslegungsregel ist man davon ausgegangen, dass der vielfachen Schwankungen unterliegende Verkaufspreis bei Uebernahme von Landgütern für den Uebernehmer zu grosse Härten bedeute und im Verhältnis zu den Erträgen des Gutes zu hoch gegriffen sei[23]). Inzwischen haben sich die Verhältnisse sehr wesentlich, und zwar in das Gegenteil geändert und man darf heute ganz grundsätzlich sagen, dass der Ertragswert den Verkaufswert meist übersteigen wird. Damit aber ist der Zweckgedanke dieser Vorschrift, dass nämlich die Uebernahme eines Landguts dem Uebernehmer erträglich gemacht werden soll, durch die Verhältnisse in das Gegenteil verkehrt worden. Denn bei Erlass dieser Vorschrift ging man — wie von Hausen in der Behandlung der Frage „Die Bewertung von Landgütern bei Erbteilungen" richtig sagt — davon aus, und dies ergibt auch die Heranziehung der im Pflichtteilsrecht in § 2312 BGB. ebenfalls aufgenommenen, entsprechenden Bestimmung, dass der Ertragswert niedriger sei als der Schätzungswert[24])[25]). Bei der Pflichtteilsberechnung wäre also grundsätzlich nur der Ertragswert einzusetzen und nur ausnahmsweise ein vom Erblasser bestimmter Uebernahmepreis, nämlich dann, wenn dieser mindestens den Ertragswert erreicht und den Schätzungswert nicht übersteigt. Höchstenfalls also der Schätzungswert. Bei der Teilungsanordnung an sich müsste der Absicht des Gesetzgebers zuwider der Uebernehmer des Landguts den im Verhältnis zum Verkaufswert höheren Ertragswert sich anrechnen lassen. Dies würde zu Ergebnissen führen, die weder vom Gesetzgeber noch

22) Staudinger Anm. zu § 2049.
23) Protokolle VI S. 332.
24) DJZ. 1926 Sp. 1489 / 1490.
25) § 2312 Abs. 1 Satz 2 BGB.: „Hat der Erblasser einen anderen Übernahmepreispreis bestimmt — als den Ertragswert — so ist dieser massgebend, wenn er den Ertragswert erreicht, und den Schätzungswert nicht übersteigt".

von dem Erblasser gewollt sind. Der von beiden niedrigere Wert hat im Zweifel bei der Uebernahme eines Landguts zum Ansatz zu kommen. Die Bewertung des zu übernehmenden Landguts nach dem — derzeit niedrigeren — Verkaufswert entspricht auch durchaus der Billigkeit und kommt dem gesetzgeberischen Gedanken am nächsten. Ein Grund dafür, dass dem übernahmeberechtigten Miterben ein höherer Uebernahmepreis anzurechnen wäre, als ein solcher Preis, den er unter den gegebenen wirtschaftlichen Verhältnissen kaufweise nicht aufzuwenden haben würde, ist nicht ersichtlich, wenn schon die gesetzgeberische Absicht dahin ging, die Erhaltung des zu vererbenden Landguts in die Hand dessen, dem es der Erblasser zugedacht hat, nach Möglichkeit zu erleichtern. Die Anwendbarkeit der beiden Vorschriften §§ 2312 und 2049 BGB ist sonach, jedenfalls ihrem Wortlaut nach, als den derzeitigen Verhältnissen nicht mehr gerecht werdend, abzulehnen[26]). Ausnahmsweise aber wird man die Anwendung des § 2049 BGB auch dann ablehnen müssen, wenn das Landgut dinglich so sehr belastet ist, dass diese Belastungen den Ertragswert übersteigen[27]).

Für die Berechnung und Ermittlung des Ertragswerts sind die landesgesetzlichen Vorschriften gem. Art. 137 EGBGB im Zusammenhang mit § 2049 Abs. 2 BGB massgebend; Württemberg hat solche Vorschriften nicht erlassen; dagegen andere Länder wie Preussen, Bayern, Baden u. a.[28]).

§ 3. Natur der Teilungsanordnung.

Mit dem Erbfall wird unter mehreren Miterben kraft Gesetzes nach §§ 1922, 2032 BGB eine Rechtsgemeinschaft in der Form der Erbengemeinschaft, einer Gemeinschaft zur gesamten Hand begründet. Diese Gemeinschaft ist aber keine Dauereinrichtung, sondern nur eine Uebergangserscheinung. Sie endet mit der Auseinandersetzung, d. h. mit der Aufteilung des Nachlasses unter die Miterben. Nach welchen Grundsätzen diese Auseinandersetzung zu erfolgen hat, bestimmt sich im wesentlichen nach den nach § 2042 BGB für anwendbar erklärten Vorschriften über die Aufhebung einer Gemeinschaft

26) Vgl. auch RG im Recht 1930 Nr. 2005; ferner § 84 des Reichsbewertungsgesetzes vom 10. Aug. 1925: RGBl. I S. 214, Fischer-Henle § 2049 Anm. 1.
27) Eck-Leonhard III, S. 61; Fischer-Henle § 2049 Anm. 2.
28) Vgl. die Zusammenstellung in Anmerkung 4 zu Art. 137 EG zu BGB Komm. Staudinger.

nach Bruchteilen i. S. der §§ 741 ff. BGB. und nach den §§ 2046 ff. BGB. Die Förderung dieser Auseinandersetzung und um den Erben ein gewisses Teilungsbestreben, wie Kohler sagt[29]), einzuimpfen, sodass jeder Erbe verlangen kann, dass die Teilung so vor sich gehe, wie es im Willen des Erblassers liegt, ist dem Erblasser durch das Institut der Teilungsanordnung ermöglicht. Man begegnet in der Praxis häufig dem Fall, dass durch letztwillige Verfügung einem Erben das Recht eingeräumt oder auch die Verpflichtung auferlegt wird, einen zum Nachlass gehörenden Gegenstand, insbesondere ein Grundstück zu einem bestimmten Preise, der dem wahren Wert entsprechen ihn übersteigen kann, oder der niedriger ist als der wahre Wert, zu übernehmen. Wenn die Bestimmung dahin getroffen sein sollte, dass der Nachlassgegenstand zu dem wahren Wert von dem Bedachten zu übernehmen ist, und hat dabei der Erblasser weder die Zuwendung eines Vermögensvorteils noch auch die Auferlegung eines Vermögensnachteils beabsichtigt, so stellt sich eine solche Bestimmung lediglich als eine Anordnung für die Auseinandersetzung des Nachlasses dar; es liegt eine gewöhnliche Teilungsanordnung nach § 2048 Satz 1 BGB vor[30]).

Diese positiven Teilungsanordnungen stehen auf gleicher Stufe wie die negativen erblasserischen Bestimmungen, die den Teilungsauschluss in Ansehung des Nachlasses oder einzelner Nachlassgegenstände vorsehen[31]), oder die Auseinandersetzung erschweren, etwa in dem Sinn, dass nicht ein einzelner Miterbe sie verlangen kann, sondern nur eine Mehrheit der Miterben, oder dass sie von der Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängig gemacht wird[32]). Kohler nennt die erblasserischen Anordnungen erblasserische Teilung. Diese Bezeichnung kann aber nur die Bedeutung haben, dass damit auch die einzelnen Anordnungen gemeint sind; denn dem Wortsinn nach würde auch nur die Annahme gerechtfertigt sein, dass der Erblasser über seinen gesamten Nachlass nach Art und Weise der Zuteilung an seine Erben letztwillig verfügt hätte. Diese Anordnungen sind also lediglich solche für die Auseinandersetzung und keine Vermächtnisverfügungen. Sobald aber der Wille

29) Kohler im Archiv für zivilistische Praxis, Band 91 S. 333.
30) Nathan in Württ. Z. 1929 Seite 33.
31) Kohler im Arch. f. zivil. Praxis Band 91 S, 334.
32) Vgl. § 2044 BGB.

des Erblassers erkennen lässt, dass er die Zuwendung eines Vermögensvorteils oder die Auferlegung eines Vermögensnachteils an den, die Anordnung betreffenden Miterben beabsichtigt hat, muss die Zweckverschiedenheit beider Institute[33]) beachtet und untersucht werden, unter welchen Begriff diese Verfügung zu bringen ist. Bei dieser Untersuchung ist oberstes Gesetz die Berücksichtigung und Erforschung des wahren Willens des Erblassers. Zunächst ist allerdings die Vorfrage zu erledigen, ob nicht nach § 2087 BGB lediglich eine Erbeinsetzung oder nur eine Vermächtnisverfügung vorliegt; nämlich für den Fall, dass der Erblasser nur über einzelne Nachlassgegenstände verfügt hat, oder dem Bedachten sein Vermögen oder einen Bruchteil desselben zugewendet hat. § 2087 BGB enthält ein Doppeltes: Absatz 1 setzt einen Zweifel nicht voraus und bestimmt positiv, dass selbst dann, wenn der Bedachte als Erbe nicht bezeichnet ist, die Verfügung, wonach der Erblasser dem Bedachten sein Vermögen oder einen Bruchteil desselben zugewendet hat, als Erbeinsetzung anzusehen ist, während Absatz 2 nur für Zweifelsfälle eine Auslegungsregel negativen Charakters enthält; nämlich des Inhalts, dass der Bedachte, dem nur einzelne Nachlassgegenstände zugewendet sind, selbst wenn er als Erbe bezeichnet ist, nicht als Erbe anzusehen sei. Derjenige Bedachte, dem also nur einer oder einzelne Nachlassgegenstände zugewendet sind, gilt im Zweifel als Vermächtnisnehmer. Sind es aber mehrere Bedachte, und diesen sind Nachlassgegenstände in der Weise zugewendet, dass der gesamte Nachlass erschöpft ist, so kann ein Zweifel nicht mehr obwalten, und man wird nach Abs. 1 des § 2087 BGB annehmen müssen, dass im Verhältnis des Werts der jedem Bedachten zugewendeten Gegenstände eine Erbeinsetzung dieser Bedachten nach den entsprechenden Erbteilen gewollt und gegeben ist[34]). So, wenn z. B. der Erblasser sagt: „A soll Erbe meiner Stadt-, B meiner Landgüter sein" und damit sein Testament abschliesst, so wird man mit Kohler, der dieses Beispiel anführt[35]), annehmen, dass beide: A und B Erben sind, aber Erben mit dem bestimmten Teilungsbestreben, Erben mit einer erblasserischen „divisio". In dieser Bestimmung liegt sonach eine Erbeinsetzung, verbunden mit einer erblasserischen Teilungs-

33) s. oben S. 12 und 13
34) Binder S. 31.
35) Kohler Arch. ziv. Prax. Bd. 91 S. 347.

anordnung. Das gleiche ist anzunehmen für den Fall, dass der Erblasser einem Bedachten sein bewegliches, einem anderen Bedachten sein unbewegliches Vermögen zuwendet[36]). Diese Personen gelten sonach nach dem Verhältnis des Werts des beweglichen zu dem des unbeweglichen Vermögens als Erben eingesetzt, jedoch beschwert mit der Teilungsanordnung gem. § 2048 S. 1 BGB. Die Teilungsanordnung kann sonach die Grösse der Erbteile zugleich mittelbar bestimmen; wie auch umgekehrt durch die Teilungsanordnung die Grösse der auf die Erbteile treffenden Wertbeträge beinflusst werden kann; vgl. z. B. insbesondere die in § 2049 BGB vorgesehene Anordnung.

Ist die Vorfrage nach der Seite hin, ob Vermächtnisverfügung oder Erbeinsetzung vorliegt, entschieden, so schliesst sich hieran die weitere Frage, ob der mit dem Vermächtnis Bedachte ein Miterbe oder ein Nichterbe ist. Für den ersteren Fall liegt ein Vorausvermächtnis i. S. des § 2150 BGB vor, im zweiten Fall ein gewöhnliches Vermächtnis. Hier sollen jedoch die Fragen, ob lediglich Vermächtnis oder Erbeinsetzung vorliegt, keine weitere Beachtung finden. Denn hier interessieren uns lediglich die Fragen, wie und unter welche Begriffsform diejenige letzwillige Verfügung des Erblassers, die genaue Bestimmungen über die Zuweisung von Nachlassgegenständen an Miterben enthält, gebracht werden soll. Wir sind davon ausgegangen[37]), dass eine Bestimmung des Erblassers in der dieser einem Miterben einen Nachlassgegenstand zuweist, unter Angabe des Uebernahmepreises, der dem wahren Wert entspricht und wobei der Erblasser weder die Zuwendung eines Vermögensvorteils, noch auch die Auferlegung eines Vermögensnachteils beabsichtigt, als reine Teilungsanordnung zu behandeln sei. Die Zuweisung kann in der Einräumung eines Rechts zur Uebernahme eines gewissen Gegenstandes bestehen. Wenn man in dieser Einräumung allein schon eine Begünstigung vor den anderen Miterben bejahen will, kann und unter Umständen muss, und deshalb zugleich das Vorliegen eines Vermächtnisses und weil einem Miterben zugewendet, das Vorliegen eines Vorausvermächtnisses anerkennen muss, so ändert dies an dem Charakter der Bestimmung als einer Teilungsanordnung nichts. Auch wenn dem betreffenden Miter-

36) Staudinger Anm. 2 zu § 2087 BGB.
37) Vgl. oben Seite 23.

ben durch die Teilungsanordnung etwa mehr zugewiesen ist, als ihm ohne dieselbe zukommen würde, so ändert auch dies nichts, wie das Reichsgericht früher angenommen hatte, an dem Charakter der Bestimmung als einer Teilungsanordnung. Dies erscheint aber immerhin im Hinblick auf die nunmehrige Stellungnahme des Reichsgerichts mehr als zweifelhaft, doch sollen diese Grenzfälle besonders behandelt werden. Einen Beweis hierfür könnte man u. U. in § 2049 BGB finden. Meist wird auch der Charakter einer Zuweisung eines Nachlassgegenstandes als einer Teilunganordnung, die die Einräumung eines Uebernahmerechts vorsieht, aus den von dem Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung gebrauchten Worten zu schliessen sein, wenn z. B. der Erblasser sagt: „Meinem Sohn verschaffe ich das Recht", oder: „meine Tochter hat das Recht, aus meinem Nachlass den und den Gegenstandzu übernehmen". Der Erblasser kann sich auch anderer Ausdrucksformen bedienen, indem er z. B. bestimmt: „Meinen Erben A, B und C lege ich die Verpflichtung auf, meinem Sohn D das Eigentum an meinem Grundstück X zu verschaffen".

Die Einräumnung eines Uebernahmerechts an einem zum Nachlass gehörenden Gegenstand ist aber zu unterscheiden von der Auferlegung einer Verpflichtung zur Uebernahme eines solchen Gegenstandes. Aus der Rechtseinräumung kann grundsätzlich auf den Willen des Erblassers der Rückschluss gezogen werden, dass sein Wunsch zwar auf die Uebernahme des zugewiesenen Gegenstandes durch den berechtigten Erben gerichtet ist, er aber es in dessen Belieben stellen wollte, von dem Uebernahmerecht Gebrauch zu machen oder nicht. Durch Auslegung der letztwilligen Verfügung ist im einzelnen Fall festzustellen, ob für den übernahmeberechtigten Miterben eine Pflicht zur Annahme des ihm zugewiesenen Nachlassgegenstandes vorliegt. Eine solche Verpflichtung wird aber nur in den seltensten Fällen dem mutmasslichen Willen des Erblassers entsprechen. Des Erblassers Wille aber ist ausschlaggebend. Dieser aber wird meist schon aus den gebrauchten Worten: Der Miterbe X kann, darf, ist berechtigt u. a. eine Auslegung in dem vorstehenden Sinne zulassen. Man kann in der Rechtseinräumung nach Art des Vertragsangebots ein Angebot an den zur Uebernahme berechtigten Miterben des Inhalts erblicken, die Miterben zu verpflichten, dem Uebernahme-

berechtigten bei der Auseinandersetzung die Durchführung und Verwirklichung der vom Erblasser gewünschten Anordnung zu ermöglichen. In dieser Gestattung der Ausübung eines Rechts kann aber wohl nicht gleichzeitig eine Verpflichtung des Berechtigten erblickt werden. Vielmehr hängt es von dem Willen des betreffenden Erben ab, ob er von dem Uebernahmerecht Gebrauch machen will. Es bedarf seiner rechtsgestaltenden Erklärung[38]), ob er das Uebernahmerecht zu einem Teil seines Erbrechts machen will. Die Ablehnung des Uebernahmerechts bedeutet aus diesem Grunde auch nicht die Ausschagung eines Teils der Erbschaft. Selbst wenn man dies annehmen wollte, so würde doch aus dem Erblasserwillen zu schliessen sein, dass er die Annahme oder Ablehnung des Gegenstandes gestattet habe, zumal die Vorschrift des § 1950 BGB[39]) nicht zwingend ist, weshalb die „Ausschlagung" dieses Uebernahmerechts wirksam erklärt werden könnte. Diese Ansicht ist schon durch die Tatsache des Vorhandenseins einer positiven Gesetzvorschrift: § 1953 Abs. 3 BGB gerechtfertigt, welche besagt: dass der Erblasser einem Erben, den er auf mehrere Erbteile eingesetzt hat, gestatten kann, den einen Erbteil anzunehmen und den anderen auszuschlagen. Dies muss mehr noch gelten für den Fall, in dem der Erblasser nicht eine Erbeinsetzung, sondern nur eine Rechtseinräumung vornimmt. Marcuse[40]), der in der Ausschlagung eines durch Teilungsanordnung zugewiesenen Erbschaftsgegenstandes die Ausschlagung eines „Teils der Erbschaft" erblickt, die den Regeln über die Ausschlagung der Erbschaft folge (§§ 1942 ff. BGB), und annimmt, dass der mit dem Uebernahmerecht ausgestattete Miterbe von der Verpflichtung zur Annahme des Gegenstandes sich nur durch vertraglichen Verzicht freimachen könne, versteift sich zu sehr auf das Wort: Teilungsanordnung. Mit einer solchen muss jedoch nicht immer eine Verpflichtung verknüpft sein, jedenfalls nicht für den von der Teilungsanordnung betroffenen Miterben. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb in dieser Teilungsanordnung, die ein Uebernahmerecht ein-

38) im Ergebnis ähnlich: Kipp: Das Erbrecht § 85 IV 1; Meyer S. 578 aaO N. 33. Auch das Reichsgericht scheint dieser Ansicht zu sein, wenn es in der Entscheidung vom 21. 2. 1924 — RGZ Bd. 108 S. 84 — sagt: „Wenn der Kläger von diesem (Uebernahme-) Recht keinen Gebrauch macht . . ."

39) § 1950 BGB sagt: „Die Annahme und die Ausschlagung können nicht auf einen Teil der Erbschaft beschränkt werden. Die Annahme oder Ausschlagung eines Teils ist unwirksam"

40) Marcuse S. 58.

räumt, nicht eine Potestativbedingung, mithin eine Bedingung, deren Eintritt von dem Willen des Uebernahmeberechtigten abhängig ist, soll erblickt werden können. Marcuse meint, es fehle aber an jeder gesetzlichen Grundlage für ein besonderes Ablehnungsrecht des Erben, das von dem Recht, die Erbschaft auszuschlagen, irgend wie verschieden sei und er fährt in diesem Zusammenhang folgendermassen fort: „Der begünstigte Miterbe ist u. E. nicht von vornherein berechtigt, sich mit der Teilungsanordnung einverstanden zu erklären oder die Uebernahme zum festgesetzten Preise abzulehnen". Damit aber gibt Marcuse zu, dass ein Forderungsrecht des Erben allein durch die testamentarische Anordnung noch gar nicht begründet ist. Dann aber lehnt der Erbe auch keinen Teil der Erbschaft ab, sondern er bringt damit, dass er sich nicht in positivem Sinne erklärt, lediglich zum Ausdruck, dass er die ihm vom Erblasser geschaffene Möglichkeit einen ihm zugewiesenen Gegenstand bei der Auseinandersetzung in Anrechnung auf seinen Erbteil zu übernehmen, nicht nützen will. Damit steht auch nicht die Vorschrift des § 2065 Abs. 1 BGB. im Widerspruch, welche besagt: „Der Erblasser kann eine letzwillige Verfügung nicht in der Weise treffen, dass ein anderer zu bestimmen hat, ob sie gelten oder nicht gelten soll". Denn diese Bestimmung will vor allem die Uebertragung der Verfügungsmacht des Erblassers auf andere Personen, d. h. die Abhängigkeit des Bestehens der letztwilligen Verfügung von fremdem Willen ausschliessen. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, dass der Erblasser das einem Miterben zugewendete Recht nur bedingterweise verschaffen will; nämlich unter der Bedingung, dass der betroffene Erbe von dem Rechte Gebrauch machen will.

Auch Haidlen-Mayer[41]) behaupten, dass es sich bei einer Teilungsanordnung nicht um eine Ausschlagung dieser Teilungsanordnung allein, sondern nur um eine Ausschlagung der Erbschaft im Ganzen handeln könne. Damit soll gesagt sein, dass der übernahmeberechtigte Miterbe zur Einhaltung der Teilungsanordnung verpflichtet ist, widrigenfalls er die Erbschaft ausschlagen müsste. Dies kann sich mit dem Willen des Erblassers nicht vereinbaren lassen, man müsste denn annehmen, dass der Erblasser, der einem seiner Miterben das Recht der Uebernahme an einem Nachlassgegenstand einräumt, ge-

41) Haidlen-Mayer S. 587 Anm. 21 zu § 130.

wollt hat, für den Fall, dass der betreffende Miterbe von diesem Recht keinen Gebrauch machen möchte, soll er die Erbschaft ausschlagen. Dies kann nicht im Willen des Erblassers liegen. Wie der Erblasser anordnen kann, dass die Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines Dritten erfolgen soll (2048 S.2 BGB.), ebenso ist es möglich, einem Miterben zu gestatten, d. h. in dessen Ermessen zu stellen, ob er diesen Gegenstand zugeteilt erhalten will.

Anders liegt der Fall, dass einem Miterben die Verpflichtung auferlegt wird, einen zum Nachlass gehörenden Gegenstand zu übernehmen. Hier kann von einer Ausschlagung der Erbschaft, d. h. von deren Notwendigkeit schon gesprochen werden; denn hier handelt es sich ja um eine in § 2306 BGB. vorgesehene Beschränkung. In dem zuvor besprochenen Fall von der Einräumung eines Uebernahmerechts kann aber streng genommen von einer Beschränkung eben dieses mit dem Rechte ausgestatteten Erben nicht gesprochen werden. Ist einem Erben aber die Verpflichtung auferlegt, einen Nachlassgegenstand zu übernehmen, so sind sowohl dieser Miterbe, ebenso wie die übrigen Miterben, der Testamentsvollstrecker, Richter oder Notar, welche die Auseinandersetzung vermitteln, an die Anordnung gebunden. Gegenüber abweichenden Vereinbarungen auf Grund Uebereinkommens sämtlicher Erben versagt jedoch die Wirksamkeit einer solchen Anordnung. Werden aber derartige Vereinbarungen nicht getroffen, so vermag auch der durch die Teilungsanordnung betroffene Miterbe, sofern er die angeordnete Zuteilung nicht wünscht, etwa durch Nichtgeltendmachung eine andere Auseinandersetzungsart nicht zu erzwingen[42]). In diesem Fall haben die Miterben ein Recht darauf, dass der übernahmeverpflichtete Miterbe den ihm zugewiesenen Gegenstand in Anrechnung auf seinen Erbteil übernimmt. Diese Art von Teilungsanordnungen, die eine Verpflichtung zur Uebernahme eines Nachlassgegenstandes enthalten, werden meist darin bestehen, dass einem Miterben ein Nachlassgegenstand zu einem gewissen, den wahren Wert übersteigenden Anschlag zugewiesen wird; oder dass einem Miterben die Verpflichtung auferlegt wird, aus seinem Erbteil gewisse Nachlasschulden zu begleichen oder dass der Erblasser einem Miterben nachträglich die Ausgleichung solcher Zuwendungen auferlegt, hinsichtlich deren eine Ausgleichung kraft Gesetzes

42) im Ergebnis übereinstimmend: Kipp, § 85 IV 1. S. 285.

nicht zu erfolgen haben würde[43]), oder nachträglich die Ausgleichungspflicht erlässt[44]). Auch diese nachträgliche Anordnung[45]) bezw. der nachträgliche Erlass der Ausgleichungspflicht haben den Charakter von Teilungsanordnungen; obwohl diese Anordnungen materiell die Bedeutung von Vorausvermächtnissen haben, wobei die nachträgliche Anordnung der Ausgleichungspflicht die Bedeutung eines Vorausvermächtnisses zu Gunsten der Miterben in Höhe des Betrags, um den sich ihre Erbteilswerte eben infolge der Anordnung der Ausgleichung erhöhen, hat; wogegen der nachträgliche Erlass die Bedeutung eines Vorausvermächtnisses zu Gunsten des zunächst mit der Ausgleichungspflicht belasteten Miterben in Höhe des ausgleichungspflichtigen Betrags bedeutet.

Alle Teilungsanordnungen des Erblassers finden jedoch nach § 2306 BGB. ihre Schranke im Pflichtteilsrecht[46]). § 2306 BGB. spricht allgemein von einer Beschränkung der Erbeinsetzung, nicht von einer Beschränkung oder Verletzung des Pflichtteils. Denn letzterer besteht nach § 2304 in der Regel nicht in einer Erbquote, sondern nach § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB. in der Hälfte des Werts des gesetzlichen Erbteils. § 2306 setzt jedoch voraus, dass ein Pflichtteilsberechtigter als Erbe berufen und weiter, dass er durch eine Teilungsanordnung beschränkt ist. Grundsätzlich ist zu sagen, dass mag die Teilungsanordnung für den Pflichtteilsberechtigten günstig oder ungünstig sein, ihm in § 2306 BGB. je nach Höhe des ihm hinterlassenen Erbteils zwei Möglichkeiten gegeben sind, um die Teilungsanordnung zu beseitigen. Hinsichtlich der, einen pflichtteilsberechtigten Miterben nur begünstigenden Teilungsanordnung wird

43) Vgl. § 2050 BGB. Zur Ausgleichung ist der Abkömmling nicht verpflichtet, hinsichtlich
a) einer Ausstattung — Abs. 1 § 2150 BGB. —
b) Zuschüssen, die zu dem Zweck gegeben wurden, als Einkünfte verwendet zu werden — Abs. 2 § 2150 BGB —
c) Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Berufe — Abs. 2 2. Halbs. § 2050 BGB —
wenn die Ausgleichspflicht bei der Hingabe erlassen wurde, oder die Zuwendungen zu b) und c) auch nur das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Mass nicht überstiegen haben.

44) Verpflichtet zur Ausgleichung ist der Erbe (Abkömmling) hinsichtlich anderer Zuwendungen unter Lebenden — § 2050 Abs. 3 — wenn die Ausgleichspflicht bei der Zuwendung sofort angeordnet worden ist.

45) RGR Komm. § 2048 Anm. 1; RGZ Bd. 67 S. 309, 113. S. 45. OLG Kolmar: ZBlFG Bd. 14 Nr. 559.

46) Staudinger Anm. § 2306 Berolzheimer in L. Z. 1919 Spalte 358 ff. RGZ Bd. 67 S. 309.

man jedoch eine Beschränkung im Sinne des § 2306 BGB. nicht erblicken dürfen, weshalb man auch, wie oben Seite 27 ausgeführt ist, diesen Erben nicht für verpflichtet halten darf, die ganze Erbschaft, wegen der ihn nur begünstigenden Teilungsanordnung, ausschlagen zu müssen. Die beiden Möglichkeiten sind folgende: Uebersteigt der, dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassene Erbteil nicht die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, ist er gleich der Hälfte des gesetzlichen Erbteils oder kleiner, so gilt die Beschränkung, also hier die Teilungsanordnung als nicht angeordnet. (§ 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB.) Aber auch bezüglich dieser Vorschrift muss die einen Miterben begünstigende Teilungsanordnung, die eine Beschränkung im Sinne des § 2306 nicht darstellt, eine Ausnahme zulassen, insofern, als diesem betreffenden Erben das Recht gegeben werden muss, den ihm zugeteilten Nachlassgegenstand in Anrechnung auf seinen Pflichtteil spätestens bei der Nachlassauseinandersetzung zu verlangen. Ist dagegen der hinterlassene Erbteil grösser, nämlich grösser als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so steht es im Belieben des Pflichtteilsberechtigten, die ihm hinterlassene höhere Erbteilsquote mit der Beschränkung der Teilungsanordnung, soweit solche als eine Beschränkung im wahren Sinne des Wortes anerkannt werden muss, anzunehmen, oder, um sich von dieser Beschränkung zu befreien, diesen Erbteil auszuschlagen und den Pflichtteilsanspruch gelten zu machen (§2306 Abs. 1 Satz 2 BGB.[47]).

47) Missverständlich und unrichtig daher Stedler — S. 59 § 14 „übersteigt hienach dieser Erbteil nicht die Hälfte des Werts des gesetzlichen Erbteils, bleibt er also hinter dem Pflichtteil zurück, oder erreicht er diesen nur gerade, so gilt die Beschränkung als nicht angeordnet (§ 2306 Abs. 1 Satz 1). Ist (nach Satz 2) dagegen der belastete Erbteil grösser als der Pflichtteil, so hat der Pflichtsteilsberechtigte die Wahl . . .“; denn § 2306 BGB. sagt mit keinem Wort davon, dass der hinterlassene Erbteil etwa grösser oder kleiner als der Pflichtteil (= der Hälfte des Werts des gesetzlichen Erbteils) sein müsse, um den Wegfall der Teilungsordnung nach Satz 1 oder das Ausschlagungsrecht nach Satz 2 zu begründen; vielmehr spricht dieser § nur von der Hälfte des gesetzlichen Erbteils; es muss also der Erbteil in seiner Quote verringert sein. Bestimmend danach ist nur, welcher Bruchteil des Nachlasses dem pflichtteilsberechtigten Erben hinterlassen ist.

Auch Kress a. a. O. S. 206 kann aus eben diesen Gründen nicht beigepflichtet werden, wenn er sagt: „Wenn die Teilungsordnung den Wert der Erbteile herabmindern, — z. B. es wird einem Miterben angesonnen, gewisse Nachlassgegenstände zu einem viel zu hohen Wertanschlag auf seinen Erbteil zu übernehmen — ist die Grenze ihrer Zulässigkeit der Wert des Pflichtteils der benachteiligten Miterben; ihr Pflichtteil darf nicht verkürtzt werden. Allerdings spricht er in diesem Zusammenhang — Seite 207 — davon, das das Nähere sich aus § 2306 BGB. ergebe.

§ 2306 BGB. stellt den Beschränkungen, als welche er ansieht:

1. die Einsetzung eines Nacherben (§ 2100 BGB.),
2. die Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten selbst als Nacherben (§ 2306 Abs. 2 BGB.)
3. die Ernennung eines Testamentsvollstrecker (§ 2197 BGB.)
4. eine Teilungsanordnung (§§ 2044, 2048 BGB.)

gegenüber die Beschwerungen, worunter verstanden werden:

1. ein Vermächtnis,
2. eine Auflage.

Danach fällt die Teilungsordnung weder unter den Begriff des Vermächtnisses, noch unter den Begriff der Auflage. Immerhin aber ist, wie auch die Motive[48]) annehmen, die Möglichkeit gegeben, dass in einer Teilungsordnung materiell auch ein Vorausvermächtnis versteckt sein kann, vornehmlich dann wenn der Erblasser durch die Teilungsanordnung einzelne Nachlassgegenstände an einzelne seiner Erben zuweist, wobei er den Uebernahmepreis im Verhältnis zu dem wahren Wert der Gegenstände höher oder niedriger festgesetzt hat, sodass also die den Miterben hinterlassenen Werte, wie solche ihren Erbquoten entsprechen würden, durch die Teilungsanordnung eine Veränderung nach oben oder unten erfahren würden; dass also in dem Fall, wo einem Miterben durch Teilungsanordnung ein Nachlassgegenstand zu einem niedrigeren Anschlag zugewiesen wird, für diesen selbst und für den Fall, dass der Uebernahme-

---

Diese Bestimmungen legt er dann richtig aus.

Grundsätzlich ist daran festzuhalten, dass die Grenze der Zulässigkeit von Teilungsanordnungen in der Hälfte des gesetzlichen Erbteils, nicht in der Hälfte des Werts des gesetzlichen Erbteils zu suchen ist.

Im Ergebnis wird es ja im Fall des § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB. wohl darauf hinausgehen, dass eine Überschlagsberechnung jeweils stattfinden muss, um feststellen zu können, ob nicht durch eine Teilungsordnung die Höhe des Werts des Pflichtteils beeinträchtigt ist und um sich alsdann darüber schlüssig zu werden, ob eine Ausschlagung begründet oder der betreffende pflichtteilsberechtigte Erbe eine solche für erforderlich hält. Trifft aber der Fall des § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB. zu, wo dem betreffenden Erben ein Erbteil hinterlassen ist, der gerade der Hälfte des des gesetzlichen Erbteils (quotenmässig) gleichkommt oder weniger beträgt, dann gilt die Teilungsordnung als nicht angeordnet, obschon vielleicht deren Durchführung im Interesse des pflichtteilsberechtigten Erben läge. Er ist in diesem Fall auf die Zustimmung der Miterben angewiesen; d. h, die Teilungsanordnung kann nur durch Vereinbarung der Erben aufrecht erhaften worden.

48) Motive V Seite 688.

preis höher bestimmt wäre, für die übrigen Miterben ein Vorausvermächtnis zu erblicken wäre.

Von dieser Möglichkeit soll jedoch später gesprochen werden[49]).

Hier ist noch hervorzuheben, dass die Teilungsanordnungen selbständige Ansprüche gegen den Nachlass, die jederzeit geltend gemacht werden könnten nur ausnahmsweise[50]) begründen; regelmässig kann die Durchführung der Teilungsanordnung nur bei der Auseinandersetzung und nur mit der Auseinandersetzungsklage erzwungen werden[51]).

Im übrigen ist die Wirksamkeit der Teilungsanordnung dadurch bedingt, dass derjenige, den die Teilungsanordnung begünstigt oder verpflichtet, wirklich Erbe wird, und dass nach der Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten, insbesondere auch der Vermächtnisse für die Erben noch etwas übrig bleibt[52]).

Bei der — wie wir gesehen haben und in dem folgenden § 4 noch aufzeigen werden — nur obligatorischen Wirkung einer Teilungsanordnung ist es durchaus möglich, dass die Miterben durch allseitiges Einverständnis abweichende Vereinbarungen treffen und dadurch die Durchführung der erblasserischen Anordnungen vereiteln können. Möglich ist aber auch, dass die Miterben einer nichtigen letztwilligen Verfügung, welche nur eine Teilungsanordnung enthält, dadurch eine gewisse Wirksamkeit verleihen, dass durch Anerkenntnisvertrag nach § 781 BGB ein neuer selbständiger Anspruch auf die in der letztwilligen Verfügung bestimmte Verpflichtung begründet wird[53]). Will der Erblasser verhindern, dass seine Erben seine letztwil-

49) vgl. §§ 7 u. 11 unten S. 42 ff. u. 92 ff.

50) vgl. z. B. oben S. 19.

51) Kress S. 206 und ihm folgend Staudinger Anm. 1 Abs. 3 a. E. zu § 2048 BGB.
Vgl. auch die Motive V S. 688: „Die Teilungsanordnungen sind auch keine Auflagen, also Belastungen des Nachlasses denen keine unmittelbare Berechtigung einer Person entspricht; sie begründen vielmehr Vorpflichtungen und Berechtigungen der Miterben untereinander". So auch Kretzschmar in Sächs. Arch. f. Rpfl. 1908 S. 153.

52) So die herrschende Meinung.
Plank § 2150 Anm. 3; RGR Komm. § 2150 Anm. 1.
Strohal I § 29 Anm. 10; Güthe-Triebel Bd. I S. 898 N. 76. Kretzschmar in Sächs. Arch. f. Rpfl. 1922 S. 5 u.
Derelbe: Das Erbrecht aaO § 87 III 1, wo zutreffend gesagt ist: „Die Vorschrift des § 2046 Abs. 1 S. 1 bleibt durch etwaige Teilungsanordnungen des Erblassers unberührt: nur der Überschuss ist zu verteilen;

53) RG in JW 1911 S. 804 = Recht 1911 Nr. 3201.

ligen Anordnungen vereiteln, dann muss er einen Testamentsvollstrecker ernennen, der seine Anordnungen befolgen muss. (§ 2204 Abs. 1 BGB[54]).

Dem Alleinerben gegenüber können derartige erblasserische Teilungsanordnungen insofern keine Wirkung auslösen, als ja beim Vorhandensein eines solchen eine Auseinandersetzung des Nachlasses nicht stattfinden kann[55]).

§ 4. Die Wirkung der Teilungsanordnung.

Die Teilungsanordnung ist grundsätzlich eine Anordnung für die Auseinandersetzung des Nachlasses. Wie wir aber schon gesehen haben, hat sie nur die Wirkung, dass sie unter den Miterben obligatorische Berechtigungen und Verpflichtungen begründet, ohne gegen den Nachlass selbständige Ansprüche zur Entstehung gelangen zu lassen. Vielmehr kann die Durchführung der Teilungsanordnung nur bei der Auseinandersetzung[56]) und nur mit der Teilungsklage erzwungen werden.

Der Nachlass wird ohne Rücksicht auf die erblasserische Anordnung gemeinschaftliches Vermögen der Erben (§§ 1922 Abs. 1 und 2032 Abs. 1. BGB). Das Gesamthandeigentum wird durch die Teilungsanordnung keineswegs durchbrochen. Erst bei der Auseinandersetzung zeigt sich die Wirkung der Teilungsanordnung.

Aus dem Gesagten ergibt sich die nur obligatorische Wirkung der Teilungsanordnung. Nur diese hatte der Gesetzgeber im Auge. Dies folgt schon aus den Motiven[57], wonach „der Erblasser obligatorisch wirkende Anordnungen, welche sich auf die Teilung beziehen, treffen kann"; auch aus den Protokollen[58]) ist zu entnehmen, dass die gestellten Anträge, welche dem Erblasser das Recht einräumen sollten, mit dinglicher Wirkung selbst den Nachlass unter die Erben zu teilen, somit allein durch die Teilungsanordnung den Erben unmittelbares Eigentum an den zugewiesenen Gegenständen zu übertragen, abge-

54) RGRKomm § 2048 Anm. 1; Leonhard § § 2048 Anm. II; u. 2204 Abs. IBGB Meischeider § 118 VII; Meyer S. 578 N 28, 15 u. 31. Kretzschmar in Sächs. Arch. f. Rpfl. 1908 S. 154.

55) Art. 82 Württ. AGzBGB. — Vgl. auch die Motive zu Art. 77 Württ. AGzBGB: „Beim Verhandensein nur eines Erben trifft der für die Landesgesetzgebung in § 192 FGG gemachte Vorbehalt nicht zu."

56) Planck Anm. 1 zu § 2048 BGB.

57) Motive V S 688.

58) Mugdan Bd. V S. 370, 506 = Protokolle V S. 885 u. IV S. 346/347.

lehnt wurden. Auch die Praxis[59]) hat sich dieser Ansicht angeschlossen und übereinstimmend auf den Standpunkt gestellt, dass der Teilungsanordnung nicht dingliche, sondern nur schuldrechtliche Wirkung beizulegen ist.

Danach kann jeder Miterbe auf Grund der durch die Teilungsanordnung begründeten Ansprüche von den übrigen Miterben deren Durchführung bei der Auseinandersetzung verlangen; und zwar aus dem Nachlass unmittelbar. Sind sich aber sämtliche Miterben über eine abweichende Regelung der Auseinandersetzung einig, dann versagt die Wirksamkeit der erblasserischen Anordnung[60]). Selbst wenn der Erblasser die Einhaltung der von ihm getroffenen Anordnungen zur Bedingung für die Erbeinsetzung gemacht hat, wird einer entgegenstehenden Vereinbarung der Erben ihre Wirksamkeit nicht abgesprochen werden können. Der Erblasser kann aber die Umgehung seiner Anordnungen seitens seiner Erben durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung vereiteln[61]). Im übrigen sind die Teilungsanordnungen des Erblassers von denjenigen auszuführen, deren Aufgabe es ist, die Auseinandersetzung des Nachlasses zu vollziehen. Diese, denen also eine Abänderungsbefugnis hinsichtlich der erblasserischen Anordnungen nicht zusteht, sind: Der Testamentsvollstrecker[62]), der Richter und der Notar[63]).

Die Teilungsanordnung überträgt kraft ihrer nur schuldrechtlichen Natur den durch sie zugewiesenen Nachlassgegenstand nicht unmittelbar, d. h. mit dinglicher Wirkung in das Eigentum des von ihr betroffenen Miterben; vielmehr begründet sie lediglich die rechtsgeschäftliche Verpflichtung zur Eigentumsübertragung und belässt den zugewiesenen Nachlassgegenstand bis zur Auseinandersetzung des Nachlasses (ev. bis zu

59) Staudinger § 2048 Anm. 1 Abs. 3; Planck Anm. 1 zu § 2048; Kipp § 85 IV. Dernburg § 179,2. Kress S. 206. RGRKomm Anm. 1 zu § 2048. Sörgel Bd. II § 2048 Anm. 1 Güthe-Triebel Bd. 1 S. 899; Fischer-Henle § 2048 1. RGZ Bd. 57 S. 432; RG in Seuff. Arch. Bd. 63 Nr. 227 = ZBlFG Bd. 8 S. 770. OLG R. Bd. 9 S. 396 ff; BayrObLG Bd. 2 S. 191 ff; Bd. 18 AS. 227. KG Jbch d. E. d. KG Bd. 22 A S. 301; Bd. 28 A. S. 196 ff; Bd. 24 A S. 107.

60) Staudinger § 2048 Anm. 1 hält dies für selbstverständlich. Dies spricht wiederum für die berechtigte Annahme, dass der Teilungsanordnung nur obligatorische Wirkung zukommt. Vgl. auch RGRKomm. § 2048 Anm, 1; Warneyer § 2048 Anm. II. Kretzmar: Sächs. Arch. f. Rpfl. 1908 S. 154; Sörgel § 2048, I.

61) Mugdan Bd. V S. 653 ff. Kretzschmar: vgl. Anm. 1; § 2204 I BGB.

62) Endemann Bd. II S. 578.

63) In Württemberg: Das Nachlassgericht; vgl. Art. 82 Württ. AGBGB.

einer Teilauseinandersetzung), sofern für solche überhaupt Raum ist[64]), im Gesamthandeigentum der Erben.

Ihre obligatorische Wirkung löst aber die Teilungsanordnung nur insoweit aus, als die Miterben ihre Verpflichtung aus dem Nachlass, nicht etwa mit Mitteln des Nachlasses erfüllen müssen, soweit es sich um die erblasserische Zuteilung von Gegenständen handelt. Befinden sich diese Gegenstände nicht im Nachlass, oder gehören sie einem Dritten, dann besteht für die betreffenden Miterben eine Verpflichtung, der Teilungsanordnung nachzukommen, nicht. Grundsätzlich tritt alsdann eine Schädigung nicht ein, denn der mit dem Uebernahmerecht oder mit der Uebernahmeverpflichtung betroffene Miterbe erhält ja anstatt des zugewiesenen Gegenstandes, dessen Wert er sich auf seinen Erbteil hätte anrechnen lassen müssen, um so viel mehr, als der Wert dieses Gegenstandes beträgt[65]). Kohler[66]) ist anderer Meinung. In seinen Ausführungen über die „Gemeinschaften mit Zwangsteilung" führt er u. a. folgendes aus:

„Obgleich die Verfügung keine Vermächtnisverfügung ist, so muss, wenn bei der erblasserischen Teilung Gegenstände mit inbegriffen sind, die dem Erblasser nicht gehörten oder belastet waren, eine Ausgleichung stattfinden, und zwar in ähnlicher Weise, wie nach dem Vermächtnisrecht, also in der Art, dass die Sache oder ihr Wert verschafft und dass die etwaigen Belastungen abgelöst oder vergütet werden: Dieses ist sicher der dem Institute entsprechende erblasserische Wille, §§ 2165 ff., 2169, 2170 BGB".

Was die Verschaffung solcher, dem Erblasser nicht gehörender Gegenstände anbelangt, so kann Kohler nicht vorbehaltlos zugestimmt werden. Denn gehört der zugewiesene Gegenstand nicht zum Nachlass, oder findet sich ein solcher nicht vor, dann ist die Zuteilung aus der Masse unmöglich. Die Miterben sind grundsätzlich von der Verpflichtung zur unmöglichen Leistung frei. Die Heranziehung der §§ 2165, 2169 und 2170 ff. BGB. vermag den erblasserischen Willen nicht so sicher zu stützen, wie Kohler annimmt. Abgesehen überhaupt davon, ob die für das Vermächtnis geltenden Vorschriften auf eine Teilungsanordnung Anwendung finden können. Darüber wird

64) RG.Recht 1930 Nr. 2004.
65) vgl. hiezu Berolzheimer ir Archf. ziv. P. Bd. 117. S. 408.
66) Kohler: in Archf. z. P. Bd. 91. S. 334 und 335.

später abzuhandeln sein. Aber auch wenn man eine analoge Anwendung bejahen wollte, so ist folgendes zu sagen: Die §§ 2165 ff. bis 2168 BGB. geben nur Auslegungsregeln und betreffen den Fall, dass ein zur Erbschafft gehörender Gegenstand (insbesondere ein zum Nachlass gehörendes Grundstück) vermacht ist, welcher mit einem oder mehreren Rechten Dritter oder des Erblassers selbst belastet ist. Sie gelten also nicht, wenn ein nicht zur Erbschaft gehörender Gegenstand vermacht ist und auch dann nicht, wenn ein entgegenstehender Wille des Erblassers irgendwie zu ersehen ist. Auch § 2169 BGB. vermag die Ansicht von Kohler nicht zu bestätigen. Das Prinzip dieser Vorschrift ist folgendes: Das Vermächtnis eines Gegenstandes der dem Erblasser zur Zeit des Erbfalls gehört, ist wirksam. Hat der Erblasser aber einen Gegenstand vermacht, der zur Zeit des Erbfalls nicht zum Nachlass gehört oder zwar in dem Nachlass sich befindet, aber nicht im Eigentum des Erblassers steht, oder bezüglich dessen zur Zeit des Erbfalls eine Verpflichtung des Erblassers bestand, ihn an einen Dritten herauszugeben, so entscheidet in erster Linie der letzte Wille des Erblassers, ob dieser dem Vermächtnisnehmer eine Zuwendung hat machen wollen. Dies ist regelmässig dann zu verneinen, wenn der vermachte Gegenstand zur Zeit des Erbfalls überhaupt nicht in dem Nachlass vorhanden ist. Nur wenn der Bedachte nachweist, dass der Erblasser ihm den Gegenstand habe zuwenden wollen, ohne Rücksicht darauf, ob er sich in dem Nachlass befindet oder nicht, ist der Beschwerte verpflichtet, dem Bedachten den vermachten Gegenstand zu verschaffen. Auf die Teilungsanordnung angewandt, müssten somit sämtliche Erben- wie Kohler übrigens mit Recht annimmt — den zugeteilten Gegenstand mit Mitteln des Nachlasses zu diesem erwerben und sodann in das Eigentum desjenigen Miterben, dem der Gegenstand zugewiesen ist, übertragen, sofern nur in irgend einer Weise ein dahingehender Wille des Erblassers festzustellen wäre. Dieser Wille wird aber nur einen Ausnahmefall bilden, während die Verschaffung eines zugewiesenen, sich nicht in dem Nachlass befindlichen, oder nicht zum Nachlass gehörenden Gegenstandes auch unter Heranziehung des § 2170 BGB regelmässig nicht dem Willen des Erblassers entsprechen wird. Einen Ausnahmefall wird man dann anerkennen müssen, wenn der Erblasser einem Miterben einen Gegenstand

zugeteilt hat, der zwar noch nicht zum Nachlass gehört, auf dessen Leistung zum Nachlass aber der Erblasser einen sicheren, schuldrechtlichen Anspruch hatte[67]). Unter Berücksichtigung der §§ 133, 140, 157, 2084 und 2169 Abs. 3 BGB wird man dem erblasserischen Willen, der auf die Zuweisung eines solchen Gegenstandes geht, gerecht werden, wenn man dieser Teilungsanordnung Wirksamkeit beimisst. Hier müssten alsdann sämtliche Erben, die etwa vom Erblasser noch nicht erfüllte Gegenleistung aus dem Nachlass begleichen, sodass der Gegenstand zum Nachlass käme und sodann in das Eigentum des betreffenden Miterben zu übertragen wäre.

Die von Kohler aufgeworfene Frage

a) nach Verschaffung solcher zum Nachlass nicht gehörender oder

b) nach Vergütung solcher, wohl zum Nachlass gehörender, aber belasteter

im Wege der Teilungsanordnung zugewiesener Gegenstände kann also, wie wir gesehen haben, nicht so grundsätzlich entschieden werden, wie dies Kohler tut. Richtiger scheint uns vielmehr die Ansicht, dass eine Verschaffung eines, im Nachlass nicht oder nicht mehr vorhandenen Gegenstand von dem mit der Teilungsanordnung betroffenen Miterben ebensowenig, wie von den übrigen Miterben verlangt werden kann. Denn, wie schon aus § 2049 in Verbindung mit § 2048 BGB zu entnehmen ist, spricht das Gesetz dort ausdrücklich von der Uebernahme eines „zum Nachlass" gehörenden Landguts. Aus der systematischen Stellung des § 2048 und auch aus sprachlichen Gründen muss angenommen werden, dass die Teilungsanordnung insoweit, als sie in der Zuweisung von Gegenständen besteht — mit Ausnahme des kurz zuvor behandelten Falles und der Fälle, in denen der Erblasser ausdrückliche Bestimmungen getroffen hat — nur solche zum Gegenstand haben kann, die zum Nachlass gehören. Eine Ausdehnung der vermächtnisrechtlichen Vorschriften, insbesondere derjenigen über das Verschaffungsvermächtnis auf die Teilungsanordnung, ist nicht begründet. Was die Zuweisung belasteter Nachlassgegenstände betrifft, so ist der von Kohler vorgeschlagene Wert, nämlich die Ablösung oder Vergütung dieser Belastungen als richtig und dem Willen des Erblassers entsprechend anzuerkennen. Dazu

67) Berolzheimer in Arch. f. z. Praxis Bd. 117 S. 409.

aber führt schon die einfache Ueberlegung, dass das, den betreffenden Nachlassgegenstand belastende Recht zumeist zugleich eine Nachlassverbindlichkeit darstellt, die ja, wie wir oben [68]) schon gesehen haben, vor Ausführung der Teilungsanordnung berichtigt werden muss. Ausserdem aber bedeutet es eine Selbstverständlichkeit, dass der betreffende Nachlassgegenstand nicht gegen Ersatz des in Frage kommenden Uebernahmepreises übernommen werden soll, und dass dazu noch die Belastungen mit übernommen werden.

Zum Schluss dieses Paragraphen soll noch darauf eingegangen werden, ob Vererblichkeit der Rechte und Pflichten aus einer Teilungsanordnung möglich und zulässig ist. Grundsätzlich wird man die Teilungsanordnung, soweit es sich um die Zuweisung von Nachlassgegenständen handelt, als an die Person des oder die betreffenden Miterben gebunden, anzusehen haben. Bei etwaigem Wegfall des oder der betroffenen Erben wird man daher eine Vererblichkeit nicht anerkennen können. Auch hier kann eine Entscheidung nur durch zurückgehen auf den Willen des Erblassers getroffen werden. Im Einzelfall wird immer eine Auslegung der letztwilligen Verfügung i. S. des § 133 BGB:

„Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften", erforderlich sein und auch zum Ziele führen.

68) Seite 33.

II. Teil.
Das Vorausvermächtnis.

§ 5. Erscheinungsform.

Im Zusammenhang mit den Vorschriften über das Vermächtnis bestimmt § 2150 BGB: „Das einem Erben zugewendete Vermächnis (Vorausvermächtnis) gilt als Vermächnis auch insoweit, als der Erbe selbst beschwert ist". Unter Heranziehung der von dem Gesetz in § 1939 BGB für das Vermächnis gegebenen Begriffsbestimmung ist sonach ein Vorausvermächtnis „die Zuwendung eines Vermögensvorteils an einen Erben durch Testament". Demnach könnte ein Vorausvermächtnis nur in einem Testament, also in jeder einseitigen Verfügung von Todeswegen im Gegensatz zur vertragsmässigen Verfügung im Erbvertrag zugewendet werden. Der Gesetzgeber jedoch hat selbst eine Korrektur vorgenommen, indem er die Anordnung von Vermächtnissen ausdrücklich zulässt, vergl. §§ 1941 und 2278 Abs. 2 BGB. Danach ist die Anordnung eines Vermächtnisses — also auch eines Vorausvermächtnisses — in jeder Verfügung von Todeswegen, sei es im Einzeltestmaent oder im gemeinschaftlichen Testament, oder einseitig, also nicht vertragsmässig wie auch vertragsmässig in einem Erbvertrag zulässig. Möglich ist unter Umständen die Aufrechterhaltung eines in einem ungültigen Testament angeordneten Vermächtnisses als Schuldanerkenntnis[69]). An bestimmte Worte ist die Anordnung eines Vorausvermächtnisses ebensowenig gebunden, wie die Erbeinsetzung; im Gegensatz zu dieser erfordert sie lediglich den neben der Erbeinsetzung ausserdem noch auf Einzel zuwendung gerichteten Willen des Erblassers, sodass ein selbstständiger Anspruch neben dem Erbanspruch hergeht. Diese Voraussetzung ist aber dann nicht gegeben, wenn einem Miterben ein gewisser Nachlassgegenstand in Anrechnung auf seinen Erbteil zugewiesen wird, denn in einer solchen Bestimmung liegt eine Teilungsanordnung nach § 2048 BGB, die im Gegensatz zum Vorausvermächtnis der rechtlichen Selbständigkeit entbehrt.

§ 6. Gegenstand und Inhalt des Vorausvermächtnisses.

Gegenstand und Inhalt des Vorausvermächtnisses sind grundsätzlich diejenigen des Vermächtnisses. Nach § 1939 BGB.

69) R. OLG. Bd. 35 S. 374.

muss der Gegenstand des Vermächtnisses die Zuwendung eines Vermögensvorteils sein. Da das Vermächtnis nur ein obligatorisches Schuldverhältnis, mithin nur ein Forderungsrecht des Bedachten gegen den Beschwerten auf Leistung des verlangten Gegenstandes begründet, so kann zum Gegenstand eines Vermächtnisses alles gemacht werden, was Gegenstand der Leistung aus einem obligatorischen Schuldverhältnisse sein kann; sonach auch eine Handlung des Beschwerten[70]). Das Vermächtnis begründet zum Unterschied von der Erbeinsetzung, die Gesamtrechtsnachfolge auslöst, nur Einzelrechtsnachfolge. Beide Rechtsnachfolgemöglichkeiten in einen Nachlass und in einzelne zu diesem gehörende Gegenstände können in ein und derselben Person, welche dann zugleich Erbe und Vermächtnisnehmer ist, entstehen. Dies dann, wenn ein Vermächtnis schlechthin, ohne Benennung eines besonders Beschwerten, zu Gunsten eines Miterben ausgesetzt ist. Dies ist im § 2150 BGB. zur positiven Gesetzbestimung erhoben und das Gesetz hat für diesen Fall den Klammerbegriff des Vorausvermächtnisses geschaffen.

Nach den Motiven[71]) fällt es an sich auch unter den Begriff des Vorausvermächtnisses, wenn ein Miterbe oder eine Gruppe von mehreren Miterben zu Gunsten eines anderen Miterben oder ein Vermächtnisnehmer beschwert sind; diese Fälle bieten jedoch nichts besonderes. Dieser Art von Vorausvermächtnis im weiteren Sinne steht das Vorausvermächtnis im engeren Sinne gegenüber. Ein solches in § 2150 BGB. geordnetes eigentliches Vorausvermächtnis liegt aber nur dann vor, wenn das einem oder mehreren Miterben (oder einem Alleinerben) zugewendete Vermächtnis den ganzen Nachlass belastet oder doch mindestens auf dem Teil der Erbschaft ruht, die dem Bedachten zukommt. Das heisst also, der Bedachte selbst muss zugleich Beschwerter oder doch Mitbeschwerter sein. Wenn im Folgenden von einem Vorausvermächtnis die Rede sein wird, so soll darunter immer nur dieses Vorausvermächtnis im engeren Sinne gemeint sein. Sollen nur ein Miterbe oder nur mehrere Miterben mit dem Vermächtnis beschwert sein, so ist hiezu ein besonderer Wille des Erblassers erforderlich. Hat aber der Erblasser den Beschwerten nicht genannt, so ist das Vermächtnis den Erben schlechthin auferlegt, was nach allge-

70) Motive V S. 142.
71) Motive V S. 73.

meiner Regel (§§ 2147 S. 2 i. V. mit 2150 BGB.) der Fall sein wird.

Auch bei dem Vorausvermächtnis handelt es sich um die Zuwendung eines Vermögensvorteils von Todeswegen, wobei der Vermögensvorteil im weitesten Sinne zu verstehen ist. Ein mittelbarer Vorteil genügt schon. Eine Bereicherung des Bedachten ist nicht erforderlich, wie auch eine Unentgeltlichkeit der Zuwendung nicht erforderlich ist[72]). Demnach braucht das Vermächtnis für den Bedachten eine Vermögensvermehrung ebensowenig zu bedeuten, wie für den Nachlass eine Verminderung. Immerhin aber muss die Zuwendung dem Bedachten wenigstens eine Verbesserung seiner Vermögenslage herbeiführen.

So ist es z. B. als ein Vorausvermächtnis anzusehen, wenn derErblasser bestimmt, dass dem Miterben A für dessen Forderung eine Sicherheit zu bestellen sei, oder dass auf eine Sicherheit für eine dem Erblasser gegen einen Miterben zustehende Forderung verzichtet werden solle. Als Vorausvermächtnis kann ferner angesehen werden das Verbot des Erblassers, dass sein Haus in guter Geschäftslage 10 Jahre nach seinem Tod nicht verkauft werden dürfe, um seinen Sohn, der in dem Hause ein Geschäft betreibt, gegen Zahlung der bisherigen Miete nicht der Gefahr auszusetzen, dass die Miterben das Haus verkaufen und dadurch dem betreffendenSohn das Betreiben des Geschäftes unterbinden. Auch die Bestimmung, dass einem Miterben von den übrigen Miterben am Grundbesitz des Erblassers ein dingliches Vorkaufsrecht zu bestellen sei, ist vom Reichsgericht als ein Vorausvermächtnis angesehen worden[73]).

§ 7. Natur des Vorausvermächtnisses.

Das Vorausvermächtnis begründet ein Forderungsrecht, das gegen den Beschwerten auf Leistung des vermachten Gegenstandes gerichtet ist (§§ 2150, 2174, 1939 -BGB). Als Beschwerte gelten sämtliche Erben einschliesslich des Bedachten. Dieses Vorausvermächtnis haben wir als ein Vorausvermächtnis im engeren Sinne bezeichnet. Liegt eine solche Mitbelastung des zugleich bedachten Miterben vor, so gilt kraft positiver Gesetzvorschriften (§ 2150 BGB) dieses Vermächtnis als ein

72) OLG. Bd. 32, 52. Staudinger und Planck je Anm. 1 zu § 1939
73) RGZ. Bd. 108 S. 83.

solches auch insoweit, als der bedachte Miterbe selbst beschwert ist. Rechnerisch gesprochen heisst das: Dieses Vorausvermächtnis wird für den bedachten Miterben an dem Gesamtnachlass, soweit er unter die Erben zu verteilen ist, ev. an dem Teil des Nachlasses, der derjenigen Gruppe von Miterben, unter denen sich eben der bedachte Miterbe befindet, bei der Auseinandersetzung zukommt, vorweg in Abzug gebracht. Das BGB hat, wie schon der Wortlaut des § 2150 BGB besagt, den Weg der Fiktion[74]) gewählt, und behandelt das einem Miterben zugewendete Vermächtnis auch insoweit, als dieser selbst beschwert ist, als Vermächtnis. Den Teil, mit dem der mit dem Vorausvermächtnis bedachte Miterbe selbst belastet ist, den Teil also, den er wenn das Vorausvermächtnis nicht angeordnet wäre, als Erbe erhalten haben würde, bekommt er nach dem unverkennbaren Willen des Erblassers mit allen Rechten als Erbe, zugleich aber, soweit die Eigenschaft als Vermächtnisnehmer ihm eine günstigere Stellung gewährt, auch als solcher[75]).

Diese Ansicht ist durchaus begründet, und führt zu dem Ergebnis, dass man dem Vorausvermächtnis, insoweit, als der bedachte Miterbe selbst beschwert ist, die Selbständigkeit versagen muss. Vielmehr handelt es sich insoweit nur um eine fingierte selbständige Zuwendung. Denn der Nachlass ist mit dem Eintritt des Erbfalls gemeinschaftliches Vermögen sämtlicher Erben geworden. Die Fiktion des Gesetzes ändert aber nichts an dieser Tatsache, insbesondere daran, dass der Erbe den bestimmten Gegenstand zu dem Teil zu dem er Erbe ist, schon als einen Bestandteil seiner Erbschaft hat, mithin nicht erst als Vermächtnis bekommen kann[76]). Zu diesem Ergebnis gelangen auch Hölder[76]) und Rosenbauer[77]) Letzterer hat in einem besonderen § 5 seiner Dissertation die sich gegenüberstehenden Ansichten klar und wohl richtig entschieden. Meischeider[78]), Kretzschmar[79]), Kuetgens [80]) und Engel[81]) stellen sich nämlich auf den Standpunkt, das Vorausvermächtnis stelle in seinem vollen Umfange eine selbständige Zuwendung dar.

74) KG.ROLG Bd. 30 S. 202; Endemann S. 687; Hölder S. 332. u. a.
75) Motive VS. 159.
76) Hölder S. 333.
77) Rosenbauer S. 28 und 29.
78) Meischeider S. 342.
79) Kretzschmar S. 228.
80) Kuetgens S. 24.
81) Engel S. 16.

Dies kann schon aus dem angeführten Grunde, dass der bedachte Erbe ja bereits durch den Erbfall ein dingliches Recht, nämlich beschränktes Miteigentum an dem ihm vermachten Gegenstande in Höhe eines Bruchteils, der seiner Erbquote entspricht, erworben hat, nicht zugegeben werden. Würde man, wie Meischeider, Kretzschmar, Kuetgens und Engel ein Vorausvermächtnis in vollem Umfange bejahen, so, müsste man logischer Weise den dinglichen bruchteilsmässigen Eigentumserwerb verneinen. Der Anspruch des bedachten und zugleich berechtigten Miterben ist demnach teils dinglicher, teils obligatorischer Natur. Der teilweise dingliche Charakter, der aber gerade in Bezug auf den Teil des vermachten Gegenstandes, mit dem der bedachte Miterbe zugleich beschwert ist, zur Geltung gelangt, kann auch durch Heranziehung der §§ 2110 Abs. 2 und 2373 BGB. nicht erschüttert werden, andererseits aber auch nicht die volle Selbständigkeit des Vorausvermächtnisses begründen. Mit Recht weist Rosenbauer[82]) unter Berufung auf die Motive darauf hin, dass das Vorausvermächtnis durchaus nicht in seinem ganzen Umfange, d. h. auch insoweit der bedachte Erbe selbst beschwert ist, als eine selbstständige Zuwendung zu betrachten ist und dass das Vorausvermächtnis nach dem Willen des Erblassers immer dann als eine selbstständige Zuwendung behandelt werden müsse, wenn dies dem bedachten und zugleich beschwerten Miterben selbst zum Vorteil gereicht. Gleicher Ansicht scheint auch Kohler[83]) zu sein. Er sagt u. a. „dass, wenn der Miterbe Miterbe wird, der Vermächtnisanspruch nicht etwa ein Anspruch nach § 2174 BGB., der Vermächtnisnehmer mithin bloss obligatorisch berechtigt wäre: dieser hat vielmehr an der ganzen Erbschaft, d. h. an allen Erbschaftssachen ein dingliches Recht mit dem Lösungsbestreben, dass ihm die bestimmte Sache in der Teilung zugewiesen wird, auch soweit sie über seinen Bruchteil hinausgeht". Diese Ansicht gibt zwar hinsichtlich der Fälligkeit des Vorausvermächtnisses zu Bedenken Anlass. Der Vermächtnisanspruch kann, soweit der Erblasser nichts anderes bestimmt hat, jederzeit geltend gemacht werden und der Bedachte hat nicht nötig, bis zur Auseinandersetzung des Nachlasses zuzuwarten. Man mag sich z. B. die Frage vorlegen, welche Rechte der bedachte Miterbe hinsichtlich des Vorausvermächtnisses hat, wenn die

82) Rosenbauer S. 29.
83) Arch. f. ziv. Pr. Bd. 91 S. 365.

Auseinandersetzung des Nachlasses auf Grund erblasserischer Anordnung auf Jahre hinaus ausgeschlossen ist. Würde die Vorschrift des § 2150 nicht bestehen, würde also der Teil, mit dem der bedachte Miterbe zugleich mitbeschwert ist, nicht den Vorschriften über das Vermächtnis unterliegen, so müsste der bedachte Miterbe zum mindesten hinsichtlich dieses Teils mit der Zuweisung, d. h. der Uebertragung bis zur Auseinandersetzung zuwarten. Dass die Vermächtnisvorschriften aber Anwendung finden, ändert an dem Miteigentumserwerb nichts.

Wir haben schon oben[84]) bemerkt, dass auch im Wege einer Teilungsanordnung einem Miterben mehr zugewiesen werden kann, als er nach den vom Erblasser ausgeworfenen oder nach den gesetzlichen Erbquoten erhalten würde, mithin eine Begünstigung eines oder mehrerer Miterben vor den übrigen Miterben, also gleichzeitig eine Art von Vorausvermächtnis enthalten kann. Hier ist an die Fälle gedacht, wo durch erblasserische Teilungsanordnung die Zuweisung eines Nachlassgegenstandes unter Festsetzung eines Uebernahmepreises durch den Erblasser erfolgt. Naturgemäss hat in erster Linie eine Untersuchung dahin stattzufinden, ob derUebernahmepreis von dem Erblasser absichtlich als massgebend auf diesen Betrag festgesetzt, oder ob der Uebernahmepreis vom Erblasser nur irrtümlich deshalb festgesetzt wurde, weil er der (vielleicht irrigen) Annahme war, dass dieser Preis dem wahren Wert des Nachlassgegenstandes entsprochen hat. Oder aber, ob der Erblasser nicht vielmehr bloss den nach seiner Ansicht vorhandenen wirklichen Wert bezeichnen und die Uebernahme um den wirklichen Wert wollte, sodass also dieser zu Grunde zu legen ist. Dabei ist zu berücksichtigen vor allem der Zeitpunkt der Errichtung des Testaments und die zu dieser Zeit herrschenden wertbildenden Faktoren und sonstigen Umstände, die für den Erblasser zu eben dieser und keiner anderen Preisgestaltung von Bedeutung gewesen sind. Gleichzeitig aber hat auch die Feststellung des nunmehr wirklich in Frage kommenden wahren Wertes des Nachlassgegenstandes zu erfolgen. Diese Feststellung erübrigt sich in praxi meist deshalb, weil eben der vom Erblasser bestimmte Uebernahmepreis sowohl bei der Vermögensaufstellung (des Nachlasses) als auch bei der Anrechnung des betreffenden Gegenstandes auf den Erbteil des betrof-

84) Siehe oben S. 31.

fenen Erben zum Ansatz gelangt, und die Erben eine solche Wert-Festsstellung teils nicht wünsehen, teils für unerheblich erachten. Eine dahingehende Feststellung scheint aber u. E. für gewisse Fälle von solch grosser Bedeutung zu sein, dass auf diese Frage einzugehen sich lohnt. Fassen wir die schon einmal zitierten §§ 2110 Abs. 2, 2373 BGB. ins Auge, so wird alsbald klar, welche Bedeutung eine solche Wertfeststellung gewinnt. Denn in einer Teilungsanordnung kann, wie bereits erwähnt, ein Vorausvermächtnis enthalten sein. Liegt ein solches nun wirklich vor, so erstreckt sich nach § 2110 Abs. 2 BGB. das Recht des Nacherben nicht auf das dem Vorerben zugewendete Vorausvermächtnis, sofern nicht das Gegenteil erwiesen wird. Auch nach § 2373 BGB. ist ein dem Erbschaftsverkäufer zugewendetes Vorausvermächtnis im Zweifel nicht als mitverkauft anzusehen. Würde nun der wahre Wert des zugewiesenen Nachlassgegenstandes, wie er ohne die Bestimmung des Uebernahmepreises durch den Erblasser bei der Auseinandersetzung des Nachlasses zum Ansatz zu gelangen haben würde, nicht ermittelt werden, so müsste die Wertfeststellung später, etwa im Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge, oder des Verkaufs der Erbschaft eben zu dem Zweck der Feststellung der Höhe des Vorausvermächtnisses nachgeholt werden. Dies würde unter Umständen zu recht erheblichen Schwierigkeiten führen. Die Notwendigkeit, die Feststellung des wahren Werts des zugewiesenen Nachlassgegenstandes zu treffen, ist z. B. darin begründet, dass für den Fall, dass die Vorerben in Vollziehung des Teilungsplans über Grundstücke oder Grundstücksrechte verfügen, die Vorschrift des § 52 GBO. zur Anwendung gelangen muss. Diese Vorschrift bestimmt, dass zugleich mit der Eintragung des Vorerben das Recht des Nacherben im Grundbuch zu vermerken ist. Es muss daher festgestellt werden, inwieweit dem Nacherben Rechte an dem, dem Vorerben zugewiesenen Nachlassgegenstand zustehen. Dass dieses Nacherbenrecht das Vorausvrmächtnis nach der schon erwähnten Regel des § 2110 Abs. 2 BGB. nicht mitumfasst, ist bereits festgestellt. Insoweit also ein Vorausvermächtnis vorliegt, kann ein Recht des Nacherben an einem dem Vorerben zugewiesenen Nachlassgrundstück im Grundbuch auch nicht eingetragen werden. Damit ist unzweideutig zum Ausdruck gebracht, dass ein zugewiesenes Nachlassgrundstück, insoweit als in der Teilungsanordnung

ein Vorausvermächtnis enthalten ist, auf den Nacherben nicht übergeht, mithin also der Nacherbschaft nicht unterliegt. Praktisch wird eine solche Frage in der Weise zu lösen sein, dass man den vom Erblasser festgesetzten Uebernahmepreis mit dem als wahren Wert festgestellten Preis in das Verhältnis zu einander setzt und alsdann den Bruchteil errechnet, der dem Bruchteil des von dem Erblasser festgesetzten Uebernahmepreises entspricht. Nur bezüglich dieses Teils kann alsdann der Nacherbenvermerk in das Grundbuch eingetragen werden. Dieser Weg ist jedenfalls dann einzuschlagen, wenn dem betreffenden Miterben ein höherer Erbteilswert zukommt, als der festgesetzte Uebernahmepreis. Erreicht nun aber der Erbteilswert nicht den Betrag, den der Miterbe bei der Uebernahme des zugewiesenen Gegenstandes aufzuwenden hat, dann handelt es sich bei dem zwischen dem Uebernahmepreis und dem Erbteilswert entstandenen aufgewendeten Mehrbetrag um einen solchen, der nicht mit Mitteln der Erbschaft i. S. des § 2111 BGB. gemacht ist. Alsdann unterliegt z. B. das zu übernehmende Nachlassgrundstück nur zu dem der Erbteilsquote des betreffenden Erben, dem Nacherben gesetzt sind, nicht aber zu dem, dem Uebernahmepreis entsprechenden Bruchteil dem Rechte des Nacherben[85]).

In Anehnung an das soeben Gesagte können sich bei der Vergleichung des festgestellten wahren Wertes des durch Teilungsanordnung zugewiesenen Nachlassgegenstandes mit dem von dem Erblasser festgesetzten Uebernahmepreis 3 Möglichkeiten ergeben:

Der vom Erblasser festgesetzte Uebernahmepreis kann dem wahren Wert

1) entsprechen oder er ist
2) niedriger oder
3) höher

als dieser.

Der erste Fall bedeutet alsdann nichts Besonderes; denn die Tatsache, dass der Erblasser dem betreffenden Miterben das Recht eingeräumt, oder die Pflicht auferlegt hat, einen gewissen Nachlassgegenstand in Anrechnung auf seinen Erbteil zu übernehmen, kann hier für die Frage, ob ein Vorausvermächtnis vorliegt keine Bedeutung haben.

85) Staudinger Anm. 2 zu § 2111 u. 2019 Anm. 1; Kipp-Erbrecht. § 93 II 2; RGZ. Bd. 90 S. 97.

Dagegen weisen die beiden weiteren Möglichkiten Besonderheiten auf:

Im Fall 2), wo der vom Erblasser festgesetzte Uebernahmepreis niedriger ist als der wahre Wert des zugewiesenen Nachlassgegenstandes, liegt eine Begünstigung des von der Teilungsanordnung zunächst betroffenen Miterben vor, während im Fall 3), wo der vom Erblasser festgesetzte Uebernahmepreis höher ist als der wahre Wert des zugewiesenen Nachlassgegenstandes eine Begünstigung der übrigen Miterben festzustellen ist.

Ohne dem Ergebnis dieser Arbeit in der Richtung, ob der Standpunkt der Ablehnung oder der Bejahung der Konkurrenz von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis der richtigere ist, vorgreifen zu wollen, soll hier untersucht werden, welcher Art von Vorausvermächtnis, ob ein Vorausvermächtnis im engeren oder im weiteren Sinne in den beiden genannten Fällen Ziff. 2) und 3) vorliegt.

Die herrschende Meinung[86]) nimmt in beiden Fällen an, dass es sich hier nur um ein Vorausvermächtnis im weiteren Sinne, nämlich um ein Vermächtnis, mit dem ein einzelner Miterbe im Fall 2) zu Lasten der übrigen Miterben bedacht, im Fall 3) zu Gunsten der übrigen Miterben beschwert ist, handeln könne, also nicht um ein Vorausvermächtnis im eigentlichen Sinne, im Sinne des § 2150 BGB. Eine Begründung dafür wird aber nicht gegeben. Nur Marcuse[87]) sagt unter Berufung auf Kress: „Es ist aber kein Vorausvermächtnis i. S. des § 2150 BGB., weil beschwert lediglich der eine oder der andere Miterbe ist, und eine Forderung gegen die Nachlassmasse nicht besteht." Der Kommentar der Reichsgerichtsräte[88]) drückt sich folgendermassen aus: „Ist der mit dem Vermächtnis bedachte Miterbe selbst nicht beschwert, ist es vielmehr den anderen Miterben auferlegt, so gelten die allgemeinen Grundsätze (2046 A 2). So namentlich auch dann, wenn hinter einer Teilungsanordnung sich eine Bevorzugung eines Miterben auf Kosten der übrigen Miterben verbirgt und in Wahrheit damit ein Vermächtnis gewollt ist." Der IV. Zivilsenat des Reichsgerichts, der die Konkurrenz von Teilungsanordnung und Vorausvermächt-

86) Planck § 2150 Anm. 1; Staudinger § 2150 Anm. 1; RGR. Komm. § 2150 Anm. 1; Marcuse S. 62.
87) Marcuse S. 62.
88) RGR. Komm. § 2150 Anm. 1.

nis als möglich bejaht hat[89]), ohne jedoch näher auf die Frage einzugehen, ist offenbar nicht der eben vorgetragenen Ansicht des Kommentars der Reichsgerichtsräte. Deutlicher — ähnlich Marcuse – drückt sich Staudinger[90]) aus, indem er sagt: „Mit einer Teilungsanordnung kann allerdings durch Bestimmung eines zu niederen oder zu hohen Preises, zu welchem der betreffende Gegenstand auf seinen Erbteil angerechnet werden soll, auch eine Vermächtnisanordnung zu Gunsten des Bedachten oder der übrigen Erben verbunden sein, es handelt sich hiebei aber nie um ein Vorausvermächtnis im engeren Sinne des § 2150 BGB.".

Diesen Ansichten kann vorbehaltlos weder im Ergebnis, noch in der Begründung beigepflichtet werden.

Kehren wir zum Fall 2) zurück. Hier liegt eine Begünstigung des von der Teilungsanordnung zunächst betroffenen Miterben vor. Dies soll an Hand eines Beispiels veranschaulicht werden.

> Angenommen, der Nachlass einschliesslich eines zu 8 000 Reichsmark — geschätzten Grundstücks betrage 40 000 Reichsmark — Die Erben sind die Witwe und 2 Kinder. Der Erblasser hinterliess ein Testament, in welchem er bestimmte: „Meine Witwe hat das Recht, das zu meinem Nachlass gehörende Grundstück zum Preis von 6000 RM.— in Anrechnung auf ihren Erbteil zu übernehmen". Dabei soll unterstellt sein, dass der Erblasser den Uebernahmepreis absichtlich niederer bestimmt hat.

In diesem einfachen Beispiel findet man tatsächlich die Vereinigung einer Teilungsanordnung mit einer Begünstigung. Begünstigt ist die Witwe. Da dem Vermächtnis die Begünstigung begriffseigen ist, so kann hier zum mindesten von einem vorausvermächtnisähnlichen Gebilde gesprochen werden. Es fragt sich nur darum, ob die Witwe hinsichtlich der Begünstigung zugleich als mitbeschwert i. S. des § 2150 BGB. anzusehen ist. Nach den angeführten Kommentatoren und Marcuse müssten die beiden Kinder den sich ergebenden Differenzbetrag zwischen dem wahren Werte und dem vom Erblasser bestimmten Uebernahmepreis (8000 – 6000) = 2000 RM. – allein tragen. Demnach müsste also folgende Berechnung angestellt werden:

89) RGZ. Bd. 108 S. 84.
90) Staudinger § 2150 Anm. 1.

I. Nachlass		40 000 RM.—
II. Erbteilung:		
die Witwe 1/4 —		10 000 RM.—
Rest für die Kinder:		30 000 RM.—
hievon ab: Vermächtnislast der Kinder zu Gunsten der Witwe:		
Uebernahmerecht am Grundstück im Wert von	8 000 RM.—	
um nur	6 000 RM.—	
		2 000 RM.—
sodass den Kindern insgesamt eine Erbschaft in Höhe von		28 000 RM.—
verbleiben würde.		

Diesem Ergebnis kann nur dann zugestimmt werden, wenn man aus der Tatsache der Einräumung des Uebernahmerechts hinsichtlich des Grundstücks zu Gunsten der Witwe allein schon einen Umstand erblickt, der die Ausnahmevorschrift des § 2147 S. 2 BGB. deckt; dieser besagt „dass grundsätzlich der Erbe (also die Gesamtheit der Erben) mit einem Vermächtnis beschwert ist, soweit der Erblasser nicht ein Anderes bestimmt hat". Diese Bestimmung des Erblassers, dass nicht die Gesamtheit der Erben, sondern nur einer, oder einzelne Erben beschwert sein sollen, kann sich aber auch aus den Umständen ergeben und braucht nicht ausdrücklich zu sein[91]). Aus der besagten Einräumung eines Uebernahmerechts an dem Grundstück kann, muss aber nicht mit zwingender Notwendigkeit der Schluss gezogen werden, dass der Erblasserwille dahinging, seiner Witwe ohne Schmälerung ihres Erbteilswertes einen abzugsfreien Vorempfang zu gewähren, mithin die Wirkung eines Vorausvermächtnisses im eigentlichen Sinne zu wünschen. Mit anderen Worten: Der Wille des Erblassers, es solle die Witwe bei der Nachlassauseinandersetzung zu dem Grundstück noch den Differenzbetrag erhalten, der sich unter Abzug des Uebernahmepreises von dem wahren Wert des Grundstücks ergibt, kann aus der Einräumung des Uebernahmerechts allein nicht abgeleitet werden; auch erhellt im übrigen nichts, was darauf schliessen liesse, dass die beiden Kinder mit dieser Begünstigung ihrer Mutter allein belastet sein sollen. Die Ansicht der oben zitierten Kommentare und diejenige von Marcuse wird

91) Staudinger § 2147 Anm. 1.

durch die folgende einfache Ueberlegung schon erschüttert. In erster Linie — und das ist unstreitig — ist der Wille des Erblassers das Merkmal, das die ausschlaggebende Rolle bei der Entscheidung spielt. Selbst wenn nun der Erblasser den Uebernahmepreis absichtlich niedriger als den ihm bekannten wahren Wert festgesetzt hat, so erhellt daraus allein noch gar nichts dafür, dass der Differenzbetrag einen nur die übrigen Miterben belastenden Posten darstellt. Zu der Erforschung des Willens des Erblassers in der fraglichen Hinsicht wird man in erster Linie auf die Zusammenhänge der letzwilligen Verfügung zurückgehen müssen und vor allem auch den Umständen nachzugehen haben, welche Gründe den Erblasser dazu bewogen haben, dem betreffenden Erben einen Gegenstand zuzuweisen und gleichzeitig damit ihm auch noch vor den übrigen Miterben einen Vorteil zuzuwenden. Grundsätzlich kann man sagen, dass die grosse Mehrzahl der Testatoren sich darüber keine Gedanken machen, wie nun diese versteckte Begünstigung juristisch gewertet wird. Sie nehmen an, dass der betreffende Gegenstand eben zu dem Anschlagswerte bei der Nachlassauseinandersetzung aufgenommen werde, mit dem sie ihn bewertet haben und auch wünschen, dass ihn der betreffende Erbe übernehme. Daraus aber geht hervor — wie auch die Praxis der Württ. Nachlassgerichte zeigt — dass der Differenzbetrag bei der Nachlassauseinandersetzung überhaupt nicht in Erscheinung tritt, dass vielmehr der Gegenstand nur zu dem Anschlag aufgeführt wird, den der Erblasser als Uebernahmepreis festgesetzt hat. Folgt man also dieser hier vertretenen Ansicht, so ist folgende Berechnung, die im Vergleich zur vorangegangenen oben dargestellten Berechnungsart[92]) zeigen wird, dass eine Unterscheidung zwischen dem Vorausvermächtnis im engeren Sinne und im weiteren Sinne keine müssige Spielerei darstellt, vorzunehmen:

I. Nachlass (statt 8 000 RM. Wert des Grundstückes sind nur 6 000 RM. aufzuführen) 38 000 RM.
oder: Bestand des Nachlasses 40 000 RM.
hievon ab:
Vermächtnis zu Gunsten der Witwe und zu Lasten des Nachlasses:

92) S. 50.

Uebernahmerecht an Grundstück i. W. von 8 000 RM.			
um nur	6 000 RM.	2 000 RM.	
Rest für die Erben			38 000 RM.
II. Erbteilung:			
Die Witwe ¼ =			9 500 RM.
die Kinder ¾ =			28 500 RM.

An dem Erbteil der Witwe ist Zug um Zug gegen die Auflassung des Grundstücks der Uebernahmepreis von 6 000 RM. in Abzug zu bringen; sodass sie also noch 3 500 RM. gegen den Nachlass anzusprechen hat. Dieses Ergebnis in Gegenüberstellung zu dem Ergebnis der früher angestellten Berechnung gebracht, zeigt, dass die Witwe in dem Fall, in dem man der aufgezeigten Ansicht der Kommentare folgt, 500 RM. mehr erhält, als sie erhalten würde, wenn man in der in der Teilungsanordnung versteckten Begünstigung der Witwe ein Vorausvermächtnis im engeren Sinne erblickt. Die in einer Teilungsanordnung versteckte Begünstigung wird sich allermeist aber erst dann zeigen, wenn der wahre Wert des zu übernehmenden Gegenstandes feststeht. Letzterer wird alsdann zu dem von dem Erblasser bestimmten Uebernahmepreis ins Verhältnis gesetzt, wobei sich dann zeigt, ob zahlenmässig eine Begünstigung überhaupt vorliegt. Ergibt sich nun eine solche — und zwar für den vorliegenden Fall 2) so, dass der wahre Wert des betreffenden Gegenstandes den vom Erblasser festgesetzten Übernahmepreis übersteigt — dann erst wird auf ein Vermächtnis geschlossen.

Nun wollen wir uns dem Fall 3) zuwenden, bei dem, wie wir gesehen haben, ein Begünstigung der übrigen Miterben vorliegt. Auch dieser Fall soll an Hand eines Beispiels untersucht und es soll das für den Fall 2) benützte Beispiel mit dem Unterschied jedoch, dass der von dem Erblasser festgesetzte Uebernahmepreis für das 8 000 RM. bewertete Grundstück 9 000 RM. beträgt, zu Grunde gelegt werden. Nach Ansicht der Kommentare wäre in folgende Berechnung einzutreten:

I. Nachlass			40 000 RM.
II. Erbteilung:			
Die Witwe ¼ =		10 000 RM.	
hievon ab die Vermächtnislast			

der Witwe zu Gunsten der Kinder: Differenzbetrag zwischen Uebernahmepreis und wahrem Wert des Grundstücks
9 000 – 8 000 RM. = 1 000 RM.

9 000 RM.

sodass den Kindern eine Erbschaft in Höhe von insgsamt 30 000 RM.
und ein Vermächtnis in Höhe von 1 000 RM.
verblieben.

An diesem Beispiel sehen wir also wiederum, dass es sich nach Ansicht der Kommentatoren nicht um ein, den gesamten Nachlass, sondern nur um ein die Witwe belastendes Vermächtnis zu Gunsten der Kinder handelt, dass also in diesem Fall ein Vorausvermächtnis im weiteren Sinne vorliegt. Denn das Entgelt, das die Witwe für die Zuweisung des Grundstücks zu erstatten hat, gelangt reell nicht zur Nachlassmasse, ist vielmehr durch Abzug an der Erbteilforderung zu begleichen. Aus diesem Grunde kann die Witwe an der Teilung dieses Entgelts selbst nicht wieder teilnehmen.

Aber auch dieser Fall 3) unter dem Gesichtspunkt des Willens des Erblassers betrachtet, erheischt eine andere Lösung und zwar eine dem Fall 2) ähnliche. Denn der Erblasser geht bei Errichtung seiner letztwilligen Verfügung davon aus, dass der Nachlassgegenstand, den er einem Miterben zu einem von ihm bestimmten Uebernahmepreis zuweisen will, bei der Nachlassauseinandersetzung eben zu dem von ihm festegesetzten Uebernahmepreis eingesetzt wurde. Möglich ist auch, dass der Erblasser daran gar nicht gedacht hat, durch die Festsetzung eines höheren Uebernahmepreises als dem wahren Wert, den übrigen Miterben ein Vermächtnis zuzuwenden. Dann kommt ergänzende Auslegung in Betracht.

Wenn schon der Erblasser einen Uebernahmepreis festsetzt, so liegt darin schon der Schlüssel zur Auslegung seines letzten Willens und ein gewisser Anhaltspunkt dafür, dass hier eine Teilungsanordnung gewollt ist. Er will, dass eine Anrechnung des von ihm festgesetzten Preises auf dasjenige erfolge, was der betreffende Erbe aus dem Nachlass erhält. In der Regel wird sich der Erblasser über den tatsächlichen Wert des Gegenstandes, den er einem Miterben gegen Anrechnung zu-

kommen lassen will, Vorstellungen machen, ehe er einen Uebernahmepreis bestimmt. Je nach Zweckerreichung wird er den Uebernahmepreis über den vorgestellten tatsächlichen Wert hinaus oder unter diesem bestimmen. Durch die höhere oder niedrigere Bestimmung des Uebernahmepreises mag der Erblasser bestimmte Zwecke verfolgen; sei es, dass er eine Gleichstellung unter seinen Miterben herbeiführen will, sei es, dass er dem betreffenden Erben eine Zuwendung vor den übrigen Miterben machen will, oder dass er eine Schuld, die er an den betreffenden Erben hat, zum Erlöschen bringen möchte. Kann ein gewisser dahingehender Wille erfolgreich dargetan werden, dann ist für die Auslegung und Charakterisierung des Differenzbetrags eine gewisse Unterlage geschaffen. Sehr einfach gestaltet sich diese Auslegung dann, wenn der Erblasser in seinem Testament selbst Anhaltspunkte hiefür gibt, wenn er z. B. sagt, dass der betreffende Miterbe, dem der Nachlassgegenstand zu niedrigerem Preise als dem wahren Werte zugewiesen wird, den Mehrwert des zugewiesenen Nachlassgegenstandes als Vorausvermächtnis erhalten solle oder z. B. den Mehrwert für geleistete Dienste empfangen soll.

Wir kommen also in beiden Fällen 2) und 3) zu dem Ergebnis, dass der Wille des Erblassers, der als höchstes Gesetz bei der Auslegung der letztwilligen Verfügung Geltung hat, eher dazu berechtigt, anzunehmen, dass es sich bei dem Differenzbetrag des Uebernahmepreises zu dem wahren Wert eines durch Teilungsanordnung zugewiesenen Nachlassgegenstandes, wenn nicht nachweisbar ein anderes erhellt, um ein Vorausvermächtnis im engeren Sine nach § 2150 BGB handelt.

Die reine Logik lässt zwar den von den Kommentaren vertretenen Standpunkt, dass es sich bei dem Differenzbetrag um ein Vorausvermächtnis im weiteren Sinne handle, als richtig erkennen, denn eine Teilungsanordnung hat nun eben einmal die Bedeutung, dass der Uebernahmepreis auf die Erbteilsforderung des betreffenden Miterben angerechnet werde und dass der von dem Erblasser festgesetzte Uebernahmepreis bei der Feststellung des Nachlasses eine Berücksichtigung nicht zulässt. Die Wirkung der Teilungsanordnung setzt aber erst in dem Moment ein, als die tatsächliche Auseinandersetzung beginnt; diese aber kann ja erst nach Feststellung des Nachlasses erfolgen. Diese Ansicht hat auch für sich die Tatsache, dass der Uebernahmepreis reell ja gar nicht zum Nachlass gelangt, dass also

der betreffende Miterbe an diesem Uebernahmepreis als Entgelt nicht wieder Anteil nehmen kann.

Trotzdem aber ist unseres Erachtens der gegenteiligen Ansicht, dass es sich bei dem Differenzbetrag um ein wirkliches Vorausvermächtnis im engeren Sinne des § 2150 BGB handelt, der Vorzug zu schenken, weil er, wie schon dargetan, dem Willen des Erblassers näherkommt, andererseits auch im Gesetz seine Stütze findet:

1. in § 2147 Satz 2 BGB, wonach regelmässig die Gesamtheit der Erben als beschwert anzusehen ist, soweit der Erblasser nicht eine anderes bestimmt hat;
2. in § 2150 BGB, dessen Sprachgebrauch dazu zwingt, das einem Miterben zugewendete Vermächtnis als Vorausvermächtnis im engeren Sinne aufzufassen; denn ihrem Wortlaut nach deutet diese Vorschrift schon darauf hin, dass die Haftung sämtlicher Erben nach § 2147 BGB regelmässig die Folge einer an einen Miterben erfolgten Vermächniszuwendung ist. Dieser Grundsatz der Haftung sämtlicher Erben findet seinen Niederschlag auch in den §§ 2046 und 2047 BGB und endlich
3. in dem in § 2049 BGB vom Gesetz selbst geregelten Fall, wonach ein Landgut, das ein Miterbe aus dem Nachlass zu übernehmen berechtigt ist, im Zweifel nur zu dem im Verhältnis zu dem Verkehrswert regelmässig niedrigeren Ertragswert — wobei die heutigen Verhältnisse ausgeschaltet sein sollen — angesetzt werden soll. D. h. dem übernahmeberechtigten Miterben soll auf seinen Erbteil nur der Ertragswert angerechnet werden. In dieser Tatsache gibt das Gesetz selbst zu, dass in einer Teilungsanordnung eine Begünstigung des übernahmeberechtigten Miterben liegen kann und bejaht dabei, wenn auch unwissentlich die Konkurrenz der beiden Institute: Vorausvermächtnis (in engerem Sinn) und Teilungsanordnung. Zwar kann diese Vorschrift des § 2049 BGB für die Bedeutung und für die Feststellung des Rechtscharakters der Begünstigung, die eben in dem Differenzbetrag zwischen dem Ertragswert und dem Verkehrswert zu finden ist, nicht unmittelbar herangezogen werden, sie zeigt aber doch in gewisser Hinsicht auf, wie mit dem Differenzbetrag, der sich, jedenfalls unter früheren

Verhältnissen,[93]) unter Abzug des Ertragswerts von dem Verkehrswert nach der zitierten Gesetzesstelle verfahren werden muss. Dieser Differenzbetrag tritt bei der Feststellung des Nachlasses überhaupt nicht in Erscheinung, vielmehr wird bei der Aufstellung der Aktivmasse schon der niedrigere Ertragswert in Rechnung gestellt, sodass also rein praktisch betrachtet, der Differenzbetrag im Voraus am gesamten, den Erben zukommenden Nachlass in Abzug gebracht wird. Daraus ergibt sich also, dass die von dem Gesetz zugelassene Begünstigung des übernahmebrechtigten Miterben sich unbeschadet der agrarpolitischen Bedeutung dieser Vorschrift, als ein Vorausvermächtnis im engeren Sinne nach § 2150 BGB darstellt. Denn wenn dieser Differenzbetrag dadurch, dass er gar nicht aufgeführt wird, praktisch genommen vielmehr ein Abzug von dem höheren Verkehrswert vorgenommen wird, so ist der begründete Miterbe an eben diesem Differenzbetrag in Höhe des seinem Erbteil entsprechenden Betrags selbst belastet, da ja insoweit, d. h. in Höhe des Differenzbetrags der gesamte Nachlass verringert wird.

Zu dem niedergelegten Ergebnis zwingt auch das natürliche Rechtsempfinden des Laien; und es darf an der in der Volksanschauung wurzelnden Denkweise mit ihren tatsächlichen Wirkungen durch juristische Konstruktionen, mögen diese noch so feinsinnig sein, nicht vorübergegangen werden, zumal diese oftmals den Schlüssel zur Auffindung des Willens des Erblassers abgibt. Dieses Rechtsempfinden schliesst im vornhinein den Unterschiedsbetrag zwischen dem wahren Wert und dem von dem Erblasser festgesetzten Uebernahmepreis aus und stellt bei seinen Berechnungen vielmehr immer nur den letzteren Preis in Rechnung.

Auch die Praxis der Nachlassgerichte in Württemberg geht, wie durch Umfrage festgestellt werden konnte, dahin, dass das in einer Teilungsanordnung versteckte Vermächtnis ein solches nach § 2150 BGB darstellt. Den gleichen Standpunkt vertreten auch Haidlen und Ma-

93) Heute ist der Verkehrswert meist niedriger als der Ertragswert, wie dies von Hausen — vgl. S. 21 oben — richtig erkannt hat.

yer;[94]) jedenfallls gelangen sie zu dem gleichen Ergebnis. Sie drücken sich folgendermassen aus: „Ist der vom Erblasser bestimmte Betrag ein anderer als der wirkliche Wert, so ist zunächst der letztere in die Vermögensbeschreibung einzustellen, und später (nach Abzug der sämtlichen Nachlassverbindlichkeiten) der Unterschied abzuziehen oder zuzurechnen; wenn dem Unterschied gar keine Bedeutung zukommt (weder für eine Gesamtgutsauseinandersetzung noch eine Pflichtteilsberechnung noch für Steuern und Kosten) kann von vornherein mit dem vom Erblasser bestimmten Uebernahmewert gerechnet werden". Diese Ansicht lässt ganz unzweideutig erkennen, dass diesem Differenzbetrag Vermächtnischarakter beigelegt wird; und zwar Vorausvermächtnischarakter. Man würde nach dieser Ansicht im Fall 2 des oben Seite 50 zu Grunde gelegten Beispiels folgendermassen vorzugehen haben:

Nachlassbestand einschliesslich des wahren Werts des Grundstücks (nach Abzug sämtlicher Nachlassverbindlichkeiten) 40 000 RM.
hievon ab:
der Unterschied zwischen dem vom Erblasser festgesetzten Uebernahmepreis und dem wahren Wert (8000 – 6000) = 2 000 RM.
Dies ergibt einen unter die Erben zu verteilenden Nachlass von 38 000 RM.
woran erben:
die Witwe ¼ = 9 500 RM.
die Kinder ¾ = 28 500 RM.

In dem oben Seite 51 zu Grunde gelegten Beispiele, in dem der Uebernahmepreis zu 9 000 RM. angenommen worden ist, wäre analog zu verfahren:
Nachlassbestand — wie oben — 40 000 RM.
hiezu der Unterschied zwischen dem vom Erblasser festgesetzten Uebernahmepreis und dem wahren Wert des Grundstücks (9 000 — 8 000) = 1 000 RM.
dies ergibt einen unter die Erben zu verteilenden Gesamtnachlass von 41 000 RM.

94) Haidlen u. Mayer: Das Nachlassgericht § 130 S. 587.

woran erben:

die Witwe ¼ =	10 250 RM.
die Kinder ¾ =	29 750 RM.

Es genügt allerdings im letzten Beispiel nicht, zu sagen, bei der Differenz von 1 000 RM. handle es sich um ein Vorausvermächtnis im engeren Sinne. Denn diese Differenz stellt bei der Nachlassauseinandersetzung einen, den unter die Erben zu verteilenden Nachlass erhöhenden Rechnungsfaktor dar, der seine Existenz allein dem dem Willen des Erblassers verdankt. Auf der einen Seite liegt eine Schmälerung des Erbteilswertes der übernahmeberechtigten bezw. verpflichteten Witwe vor, auf der anderen Seite ist eine Begünstigung der Kinder gegeben. Der Unterschied von 1000 RM., um den der Nachlass eine Erhöhung erfährt, lässt sich nur dahin klären, dass man in ihm ein Verschaffungsvermächtnis im Sinne des § 2169 BGB mit den Wirkungen des § 2150 BGB erblickt. Ein Verschaffungsvermächtnis, das in einer Forderung gegen die Witwe begründet ist. Letztere ist hieran also einmal als Schuldnerin und dann auch als bedachte und beschwerte Vermächtnisnehmerin beteiligt. Soweit die Witwe als bedachte Vermächtnisnehmerin sich selbst zur Schuldnerin hat (also ¼ von 1 000 = 250 RM.) erlischt die Schuld, ja vielmehr, sie kommt in dieser Höhe gar nicht zur Entstehung. Übrig bleibt sonach eine Schuld der Witwe an die Kinder in Höhe von 750 RM., hinsichtlich der den letzteren die Rechte eines Vorausvermächtnisnehmers zustehen.

Als eine weitere Stütze für die oben vertretene Ansicht können noch fogende Beispiele herangezogen werden: Angenommen, es sei nur der zugewiesene Nachlassgegenstand vorhanden, nicht auch noch andere; oder es wird einem Miterben das Recht eingeräumt oder die Verpflichtung auferlegt, den gesamten Nachlass gegen Auszeigung des Erbguts an die übrigen Miterben um einen bestimmten, vom Erblasser festgesetzten Preis zu übernehmen. In diesen Beispielen tritt der Wille des Erblassers doch sehr augenfällig zu Tage; sein Nachlass soll mit dem von ihm festgesetzten Werte angesetzt und unter die Erben verteilt werden, mit anderen Worten, es

soll bei der Nachlassauseinandersetzung als Wert des Nachlasses der festgesetzte Uebernahmepreis eingestellt werden. Dies bedeutet aber nichts anderes, als dass in beiden Fällen, sei es, dass der Uebernahmepreis höher, sei es, dass er niedriger festgesetzt ist als der wahre Wert des zu übernehmenden Nachlassgegenstandes bezw. des Gesamtnachlasses, der betreffende Uebernahmeberechtigte bezw. Verpflichtete jeweils an den Mehr – bezw. Wenigerbetrag teilnehmen solle. Beide Male aber ergibt sich alsdann, dass mit der in der Teilungsanordnung versteckten Vergünstigung eine, den gesamten Nachlass treffende Abzugspost darstellt, was das Ergebnis unserer Untersuchung: ein Vorausvermächtnis im engeren Sinne nach § 2150 BGB, bestätigt.

Wenn nun Marcuse[95]) mit der Begründung, „beschwert ist lediglich der eine oder der andere Miterbe" und „eine Forderung gegen den Nachlass besteht nicht" das Vorliegen eines Vorausvermächtnisses im engeren Sinne, soweit es sich um eine in einer Teilungsanordnung versteckte Begünstigung handelt, verneint, so kann dem aus dem Gesagten nicht beigepflichtet werden. Richtig ist zwar. dass, wie Marcuse a. a. O. treffend bemerkt, der Vermächnisanspruch nur zugleich mit der Durchführung der Teilungsanordnung und bei Widerstreben des beschwerten Erben nur mit der Auseinandersetzungsklage geltend gemacht werden kann und deshalb den Charakter der Selbständigkeit fast völlig verloren hat. Dies alles aber schliesst nicht aus, dass alsdann die in der Teilungsanordnung versteckte Begünstigung ein Vorausvermächtnis nach § 2150 BGB, wenn auch nicht mit selbständigem Rechte gegen den Nachlass darstellt, was auch dann nicht der Fall wäre, wenn ein gewöhnliches Vorausvermächtnis im weiteren Sinne, welches nur den einen oder den anderen Miterben belastet, vorläge. Jedenfalls kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass ein Vorausvermächtnis im weiteren Sinne vorliegt, mit dem Unterschiedsbetrag also nur die übrigen Miterben belastet seien. Marcuse zieht, allerdings ohne Begründung, den Schluss, dass eine Forderung gegen den Nach-

95) Marcuse Seite 62.

lass nicht besteht. Diese Schlussfolgerung ist nur dann richtig, wenn die erste Behauptung, es sei nur der eine oder der andere Miterbe beschwert, in Ordnung geht. Diese aber ist, wie wir nachgewiesen zu haben glauben, nicht unbedingt richtig. Vielmehr wird regelmässig eher die Ansicht richtig sein, die wir oben vertreten haben, weil ja nur für den Fall, wo der Erblasser ein anderes verfügt hat, nicht die Gesamtheit der Erben beschwert ist[96]).

Die Selbständigkeit dieses Anspruchs als Vorausvermächtnis ist, wie schon bemerkt, abzulehnen. Voraussetzung seiner Geltendmachung ist, dass die betreffende Person, der ein Nachlassgegenstand zugewiesen ist, auch Erbe wird und dass die Teilungsanordnung in der von dem Erblasser vorgeschriebenen Weise durchgeführt wird. Vor der Nachlassauseinandersetzung können derartige Ansprüche niemals, vielmehr nur bei dieser verlangt werden. Die Gründe, welche eine Teilungsanordnung nicht zur Durchführung gelangen lassen, können verschiedener Art sein. So z. B. wenn die Erben übereinstimmend eine die Teilungsanordnung aufhebende Vereinbarung treffen. Dann in dem Fall, wo der betreffende Miterbe die Erbschaft ausschlägt, oder von dem Uebernahmerecht einen Gebrauch nicht machen will[97]); ferner, wenn der Erblasser den, einem seiner Miterben letztwillig zugewiesenen Nachlassgegenstand schon zu seinen Lebzeiten an diesen Miterben abgegeben hat. Einen besonderen Fall sieht das Gesetz dort vor, wo einem pflichtteilsberechtigten Miterben ein Erbteil hinterlassen ist, der geringer oder gleich der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils ist; in diesem Fall gilt die Teilungsanordnung kraft positiver Gesetzbestimmung[98]) als nicht angeordnet.

Unger[99]) spricht im Fall der Teilungsanordnung des § 2048 BGB von einem „Hineinvermächtnis". Diese Bezeichnung wirkt u. E. irreführend, denn die Teilungsanordnung an sich hat weder den Charakter einer Vermächtnisverfügung, noch den einer Auflage. Strohal[100]) hebt zutreffend hervor, dass es sich nicht empfehle, in diesem Fall von einem „Hineinvermächtnis" zu reden.

96) § 2147 S. 2 BGB.
97) Vgl. oben S. 27.
98) § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB.
99) Unger VI § 55 Anm. 4.
100) Strohal § 29 Nr. 10.

Dagegen würde unseres Erachtens der in einer Teilungsanordnung versteckten Begünstigung eine treffende Bezeichnung in dem nung in dem Ausdruck „Hineinvermächtnis" geschaffen, der die wirkliche Sachlage eindeutig bezeichnet.

§ 8. Die Wirkung des Vorausvermächtnisses

In aller Regel wird ein Vorausvermächtnis einem Miterben zugewendet sein. Dies hat für den bedachten Miterben die Bedeutung, dass er über seinen Erbteil hinaus eine Zuwendung, damit aber auch vor den übrigen Miterben eine Begünstigung erhält. Dem bedachten Miterben erwächst daraus eine Doppelstellung: die eines Erben und die eines Vermächtnisnehmers, sofern er nicht die Erbschaft oder das Vorausvermächtnis ausschlägt; denn die Vorschrift, die das Recht eines vorausbedachten Miterben, das Vorausvermächtnis anzunehmen, auch wenn er die Erbschaft ausschlägt und umgekehrt im Entwurf I in § 1845 Abs. 3 ausdrücklich vorgesehen hatte, ist als selbstverständlich gestrichen worden[101]). Der Erblasser kann, wie die Motive[102]) zutreffend bemerken, natürlich auch das Recht auf das Vorausvermächtnis von der Annahme der Erbschaft abhängig machen. Alsdann liegt ein bedingtes Vorausvermächtnis vor[102]). Schlüge in einem solchen Fall der bedachte Miterbe die Erbschaft aus, dann würde er damit auch seines Rechts aus dem Vorausvermächtnis verlustig gehen. Mit Recht weist Strohal noch besonders darauf hin, dass im Zweifel nicht anzunehmen sei, dass der Erblasser die obengenannte Bedingung setzen wollte[103]). Die zweite Stellung als Vorausvermächtnisnehmer ist dem bedachten Erben durch die — wie wir gesehen haben: vgl § 7 — in § 2150 BGB geschaffene Fiktion[104]) eingeräumt, und zwar in vollem Umfange auch insoweit, als der bedachte Miterbe selbst beschwert ist. Durch die Annahme einer Fiktion aber wird unsere oben[105]) dargelegte Ansicht, dass das einem Miterben zugewendete Vermächtnis nicht nur obligatorischer, vielmehr auch dinglicher Natur ist, bestätigt. Dinglich insoweit, als der Miterbe eben in seiner Eigenschaft als Erbe an

---

101) Protokolle V S. 163.
102) Motive Bd. 5 S 140.
103) Strohal § 29 N. 11.
104) Motive V S 140; Staudinger § 2150 Anm. 1 Abs. 3 BGB; KG ROLG Bd. 30 S. 202; Rosenbauer S. 26; Endemann S. 687.
105) Siehe oben S. 43;

dem gesamten Nachlass[106]), mithin auch an den einzelnen zum Nachlass gehörenden Gegenständen in Höhe seiner Erbquote Miteigentum erworben hat. Dieser Eigentumserwerb (Mitgesamthandeigentumserwerb) der sich naturgemäss nur an solchen z. Zt. des Erbfalls in dem Nachlass befindlichen, dem Erblasser gehörenden Gegenständen vollziehen kann, kann weder durch die Fiktion des § 2150 BGB noch durch die Vorschrift des § 2033 Abs. II BGB aus der Welt geschaffen werden . Letztere sagt: „Ueber seinen Anteil an den einzelnen Nachlassgegenständen kann ein Miterbe nicht verfügen". Indem das Gesetz hier von Anteilen an einzelnen Nachlassgegenständen spricht, setzt es auch ihre Existenz voraus. Endemann[107]) verneint dies mit der Begründung, dass das Gesetz die Verfügungsmacht des einzelnen Miterben verneint habe, und dass die Verfügung über das „angebliche Teilrecht" absolut und unheilbar nichtig sei; auch die Miterben insgemein könnten eine derartige Verfügung nicht treffen oder bestätigen. Diese Begründung ist an sich zwar richtig. Gegen ihre Berechtigung spricht aber der Umstand, dass — wie schon hervorgehoben — § 2033 Abs. II BGB und auch § 859 Abs. 2 CPO von dem Anteil eines Miterben an den einzelnen Nachlassgegenständen sprechen . Dieser Anteil an den einzelnen Nachlassgegenständen ist jedoch in der Weise gebunden, dass darüber weder der einzelne Miterbe, noch die Gesamtheit der Miterben verfügungsberechtigt ist[108]). Ganz besonders deutlich zeigt sich der Eigentumserwerb in dem Fall, wo einem Alleinerben ein Vorausvermächtnis zugewendet ist. Dies ist rechtlich durchaus möglich[109]) und nach verschiedenen Richtungen hin sehr bedeutsam. Es mag hier nur an die schon mehrfach citierten §§ 2110 Abs. 2 und 2373 BGB erinnert werden; oder an den Fall, dass der Alleinerbe als solcher aus dem Nachlass nichts erhalten kann, weil der Nachlass durch Pflichtteile, Vermächtnisse und Auflagen erschöpft wird, denn dann kommt der Alleinerbe wenigstens als Vermächtnisnehmer zum Zug. Aber auch dem, weder mit einer Nacherbschaft noch mit Vermächtnissen oder Auflagen belasteten und beschwerten Alleinerben kann ein Vorausvermächtnis zugewendet werden und hat für eine künftige Nachlassverwaltung oder Testaments-

106) Hölder S. 333.
107) Endemann S. 1028.
108) Kipp § 82 VI. 1; Dernburg § 176 N 7.
109) Staudinger § 2150 Anm. 1 BGB; Sörgel § 2150 Anm. 2; WarnRspr. 1913 Nr. 428; Rosenbaner S. 29 ff. RGRKomm. § 2150 Anm 1 ROLG Bd. 30, 202.

vollstreckung Bedeutung: das Vorausvermächtnis wird von ihnen nicht ergriffen. Reicht der Nachlass zur Deckung der Nachlassverbindlichkeiten der vom Erblasser herrührenden, in seiner Person begründeten Schulden und der den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten §§ 2303 ff, 2317 BGB; Vermächtnissen §§ 2147 ff, 2174 BGB und Auflagen §§ 2192 ff BGB — aus, wird also auch der Alleinerbe aus dem Vorausvermächtnis befriedigt, so bleibt der Alleinerbe kraft des Eigentumsübergangs auf Grund seines Erbrechts gem. § 1922 Abs. 1 BGB unbeschränkter Eigentümer hinsichtlich des vorausvermachten Gegenstandes. Die Eintragung des Alleinerben als Eigentümer dient lediglich der Grundbuchberichtigung. Diese Auffassung vertritt auch das Kammergericht in einem Beschluss vom 19. 3. 1914[110]). Kuetgens[111]) ist allerdings der Ansicht, „dass das BGB überhaupt jede dingliche Wirkung jedes Vermächtnisses beseitigt habe und das müsse auch für das Vorausvermächtnis gelten; übrigens habe ja auch eine Teilungsanordnung nach dem BGB keinerlei dingliche Wirkung". Aus dem letzteren Grunde zu schliessen, dass das Vorausvermächtnis keine dingliche Wirkung besitze, ist irrig, da die Teilungsanordnung weder Vermächtnis noch Auflage ist[112]). Es bedarf sonach keiner Eigentumsübertragung an den einzelnen Nachlassgegenstände. Bei Grundstücken also insbesondere keiner Auflassung. Das Vermächtnis an sich begründet allerdings nur einen obligatorischen Anspruch ggen den Beschwerten auf Leistung des zugewendeten Gegenstandes (§ 2174 BGB). Wie wir aber gesehen haben, ist der Alleinerbe, der mit einem Vorausvermächtnis bedacht ist, in seiner Eigenschaft als Erbe Eigentümer auch des vermachten Gegenstandes geworden, sodass z. B. bei einem solchen seine Eintragung als Berechtigter lediglich die Herbeiführung einer Grundbuchberichtigung darstellt. Dem vorausbedachten Alleinerben vollzieht sich zwar nicht auf Grund der Anordnung des Vorausvermächtnisses, vielmehr schon kraft des Erbrechts, und kann nachträglich durch die Vorausvermächtnisverfügung nicht mehr aufgehoben werden; vielmehr bewirkt diese Vorausvermächtnisverfügung, dass die

110) KG. ROLG. Bd. 30 S. 202; vgl. auch Dernburg Bd. 5 S. 240; ROLG Bd 39,20 u. 217 = ZBLFG 19,377.
111) Kuetgens S. 15.
112) Motive V S. 688 Abs. 1 zu § 2152.

Rechte des Alleinerben eine Steigerung dahin erfahren, dass insoweit, als seine Rechte als Erbe nicht hinreichten, er in die Rechtsstellung eines Vermächtnisnehmers eintritt, weil diese ihm eine günstigere Position verschafft. Denn diesen Zweck — und um vor allem dem mutmasslichen Willen des Erblassers gerecht zu werden — verfolgte ja der Gesetzgeber, wenn er das einem Erben (Allein- oder Miterben) zugewendete Vermächtnis (Vorausvermächtnis) auch insoweit, als der bedachte Erbe selbst beschwert ist, — obschon insoweit ein wahres Vermächtnis nicht vorliegt — als Vermächtnis behandelt wissen will. Der Erbe (Mit — oder Alleinerbe) soll also auch bezüglich des Teiles, der ihn selbst trifft, die für das Vermächtnis geltenden Vorschriften für sich beanspruchen dürfen, sobald sich für den Erben aus dieser Vermächtnisstellung heraus Dritten gegenüber irgend welche Vorteile ergeben[113]). Sobald demnach das Recht des Alleinerben als Erbe nicht mehr ausreichen würde, tritt die Sonderrechtsstellung des Alleinerben als Vorausvermächtnisnehmer in Kraft. Z. B. dient sie in den beiden folgenden Fällen zur endgültigen Erhaltung des Eigentumserwerbes:

Ist dem Alleinerben ein Nacherbe gesetzt, so erstreckt sich das Recht des Nacherben im Zweifel nicht auf das dem Alleinerben (als Vorerben) zugewendete Vorausvermächtnis[114]). Kraft der Vorausvermächtnisverfügung bleibt der Alleinerbe endgültiger unbeschränkter Eigentümer an dem ihm vermachten Gegenstand und muss diesen dem Nacherben nicht ausantworten; er kann vielmehr über diesen Gegenstand schon vor Eintritt der Nacherbfolge frei verfügen. Das Recht des Nacherben gelangt auf Grund der Vorausvermächtnisverfügung schon gar nicht zur Entstehung. Ist also z. B. ein Nachlassgrundstück dem Alleinerben durch Vorausvermächtnis zugewendet, die Erbschaft aber im übrigen durch eine Nacherbschaft gebunden, so findet hinsichtlich des vorausvermachten Grundstücks die Vorschrift des § 52 GBO keine Anwendung. Nach dieser Vorschrift ist bei der Eintragung eines Vorerben zugleich das Recht des Nacherben von Amtswegen einzutragen. Im vor-

113) RGR. Komm. § 2150; Staudinger § 2150 Anm. 1; Motive V S. 139, 140. Warneyer Anm. zu § 2150.

114) vgl. Mugdan Band S. 567. § 2110 Abs. 2 BGB: „Das Recht des Nnch-erstreckt sich im Zweifel nicht auf ein dem Vorerben zugewendetes Vorausvermächtnis."

liegenden Fall ist ein Nacherbenvermerk deshalb unzulässig[115]), weil das Vorausvermächtnis der Nacherbschaft nicht unterliegt. Die Eintragung des unbeschwerten Eigentums des vorausbedachten Alleinerben bedeutet lediglich eine Grundbuchberichtigung i. S. des § 22 GBO. Als „Grund des Erwerbs" ist im Grundbuch zu vermerken: „Erbfolge und Vermächtnis".

Auch beim Erbschaftverkauf durch den Alleinerben nach § 2371 BGB verbleibt diesem das ihm zugewendete Vorausvermächtnis im Zweifel entgültig. § 2373 BGB sagt, dass „ein dem Verkäufer zugewendetes Vorausvermächtnis im Zweifel nicht als mitverkauft anzusehen ist".

Der kraft des Erbrechts geschaffene Eigentumserwerb, der bei dem Alleinerben an dem gesamten Nachlass, mithin auch an dem vermachten Nachlassgegenstand erfolgt, kann dadurch, dass daneben eine an sich nur obligatorisch wirkende Vorausvermächtnisverfügung einhergeht, eine Abschwächung niemals erfahren.

Dieser Eigentumserwerb wird aber auch dann nicht beeinträchtigt, wenn der Alleinerbe als Erbe dadurch, dass der Nachlass durch Vermächtnisse und Auflagen überschuldet ist, nichts erhalten würde. Er bleibt Eigentümer des Nachlasses, mit der Verpflichtung, diese ihm als Erben gegenüberstehenden Ansprüche aus Vermächtnissen und Auflagen zu befriedigen. Da er aber als Erbe nichts behält, hilft ihm die Vorausvermächtnisverfügung dazu; sein Recht ist verstärkt, er kann als Konkurrent dieser Ansprüche auftreten. Es bleibt ihm nach § 1992 S. 2 BGB überlassen „die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlassgegenstände durch Zahlung des Wertes abzuwenden". Durch diese Vorschrift wird negativ zum Ausdruck gebracht, dass er den mit ihm konkurrierenden Vermächtnisnehmern nicht cum viribus hereditatis gem. § 1990 BGB haftet. In diesem Fall tritt alsdann anteilmässige Kürzung der genannten Ansprüche einschliesslich des Vorausvermächtnisses des Alleinerben nach konkursrechtlichen Grundsätzen auf Grund der §§ 1990—92 BGB i. V. mit §§ 226 Abs. 2 Nr. 5, Abs. 3 und 227 KO ein.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Behauptung Kuetgens, wonach auch das Vorausvermächtnis jeglicher dinglichen

115) Dies gilt auch beim Miterben, wenn diesem ein Grundstück vorausvermacht ist: ROLG Bd. 39, 20 u. 217.

Wirkung ermangle, insoweit richtig ist, als nicht durch das Vorausvermächtnis, vielmehr kraft Erbrechts der Eigentumserwerb eintritt. Das Vorausvermächtnis selbst schafft hinsichtlich des vorausvermachten Gegenstandes freie Dispositionsgewalt für den Alleinerben. Mit anderen Worten: Die Vorausvermächtnisanordnung lässt den — etwa durch Nacherbschaft — gebundenen Eigentumserwerb zu einem unbeschränkten Eigentumserwerb erstarken.

Beim Vorhandensein von Miterben allerdings ist dem Vorausvermächtnis die dingliche Wirkung in vollem Umfang grundsätzlich zu versagen, denn hier erfordert die Uebertragung des Eigentums an dem vermachten Gegenstand die Einhaltung der vorgeschriebenen Uebertragungsformen, also bei einem Grundstück Auflassung und Eintragung. Das Miteigentumsrecht, das der bedachte Miterbe durch den Erbfall an dem vermachten Gegenstand erworben hat, wird aber durch das Vorausvermächtnis nicht beseitigt, vielmehr wird durch letzteres eine Gesamtschuld der Erben nach § 2059 BGB bgründet, deren Befriedigung an sich der vorausbedachte Miterbe aus dem ungeteilten Nachlass, zeitlich also vor der Auseinandersetzung schon verlangen kann. Aus dem Gesamthandeigentum muss Alleineigentum, ev. Bruchteilseigentum geschaffen werden. Sämtliche Miterben müssen zu dieser juristischen Umgestaltung des Gesamthandeigentums in Sondereigentum den vermachten Gegenstand dem Nachlass entnehmen und soweit andere Nachlassgläubiger nicht bessere Rechte haben, dem vorausbedachten Miterben zu Eigentum übertragen. Mit Recht weist das Reichsgericht[116]) darauf hin, dass der Vermächtnisnehmer (Vorausvermächtnisnehmer) berechtigt ist, die Leistung des Vorausvermächtnisses von seinen Miterben schon vor der Erbauseinandersetzung dann zu fordern, wenn dieses Verlangen nicht nach den Umständen des Falles gegen Treu und Glauben verstösst, dass jedoch hiefür die Gesamtschuldklage des § 2058 BGB. während des Bestehens der Erbengemeinschaft versagt, dagegen die Gesamthandklage nach § 2059 Abs. 2 BGB. für zulässig zu erachten ist. Würde sich demnach das Verlangen des vorausbedachten Miterben nach den gegebenen Umständen als Treu und Glauben zuwiderlaufend herausstellen[117]), etwa so,

116) RGZ. Bd. 93 S. 196 ff. vgl. auch Dernburg § 84 VI; ferner Komm. der RGRäte Anm. zu § 2150; und Warneyer § 2046 III.
117) RGZ. Bd. 65 S. 10.

dass dabei Nachlassbestandteile verschleudert werden müssten, oder die Versilberung von Nachlassgegenständen zu der Zeit mit grossen Schwierigkeiten verbunden sein würde, so würde die Klage des vorausbedachten Miterben, die darauf zu richten wäre, „dass die übrigen Miterben in die Befriedigung der eingeklagten Vermächtnisforderung aus dem ungeteilten Nachlass bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung einzuwilligen haben" als zur Zeit unbegründet abzuweisen sein und es müsste sich der Kläger einen Aufschub seiner Befriedigung bis spätestens im Zeitpunkt der Nachlassauseinandersetzung gefallen lassen. Dass eine Gesamtschuldklage nicht durchdringen kann, liegt darin begründet, dass eine gesamtschuldnerische Haftung der Miterben im Innenverhältnis gar nicht gegeben ist, diese einander gegenüber sich vielmehr immer beschränkt zu dem ihrer Erbquote entsprechenden Anteil haften (§ 2063 Abs. 2 BGB.); den Anteil an dem vorausvermachten Gegenstand, der seinem Erbteil entspricht, erwirbt der vorausbedachte Miterbe nicht zu freiem unbeschränktem Eigentum; denn dieser Teil ist gesamthänderisch gebunden (§ 2033 Abs. 2 BGB.). Weder der Teil des Vorausvermächtnisses, der auf dem Bedachten als Miterben selbst lastet, noch der übrige Teil, der von den Miterben zu tragen ist, geht unmittelbar auf den vorausbedachten Erben über, denn das Vindikationslegat kennt das BGB. nicht. Dadurch aber wird der ursprüngliche, wenn auch gesamthänderisch gebundene aber doch dingliche Miteigentumserwerb des vorausbedachten Miterben an dem vorausvermachten Nachlassgegenstand nicht untergraben[118]). Weil aber dieser dingliche Erwerb nicht verneint werden kann, vermag der vorausbedachte Miterbe mit seiner Klage nur zu erzwingen, dass die übrigen Miterben in die Uebertragung je ihres allerdings auch gesamthänderisch gebundenen ideellen Anteils an dem vorausvermachten Gegenstand auf ihn einwilligen. Daraus ergibt sich der schon oben vertretene Standpunkt, dass auch der Erwerb des Miterben an dem ihm vorausvermachten Nachlassgegenstand, jedenfalls insoweit, als er selbst beschwert ist, nicht nur obligatorische Wirkung hat. Zur Schaffung von gewöhnlichem Miteigentum oder Alleineigentum an einem vorausvermachten Grundstück z. B. ist allerdings Auflassung und Eintragung erforderlich[119]).

118) RGZ Bd. 94 S. 243.
119) RGZ Bd. 57 S. 432; 105, 251.

Welche Wirkung der in einer Teilungsanordnung versteckten Begünstigung (dem „Hineinvermächtnis") zukommt, haben wir schon oben[120]) erötert. Dessen selbstständige Bedeutung haben wir verneint. Denn das Recht aus der Teilungsanordnung ist die begriffliche Voraussetzung für die Entstehung dieses Hineinvermächtnisses überhaupt. Letzteres ist also bedingt durch die Verwirklichung der Teilungsanordnung und kommt, da die Teilungsanordnung erst dann verwirklicht werden kann, wenn derjenige, dem der Gegenstand zugewiesen ist, Erbe wird und wenn nach Berichtigung sämtlicher Nachlassverbindlichkeiten, auch solcher aus Vermächtnissen, etwas zur Verteilung unter die Erben übrig bleibt[121]), erst in diesem Zeitpunkt zum Zuge. Daraus geht wiederum die mangelnde Selbständigkeit des sogen. Hineinvermächtnisses hervor.
Kann aber die Teilungsanordnung durchgeführt werden und wird sie durchgeführt, dann ist auch das Hieinvermächtnis mit zu vollziehen und muss vor der Erbteilung Berücksichtigung finden, denn alsdann stellt das Hineinvermächtnis sich als Nachlassverbindlichkeit unter den Erben dar und bildet sodann in vollem Umfang eine Abzugspost an der nach Abzug der übrigen Nachlassverbindlichkeiten den Erben verbleibenden Teilungsmasse. Dieses Hineinvermächtnis kann also mit anderen Vermächtnissen nicht konkurrieren, insbesondere nicht dann, wenn andere Vermächtnisse den Nachlass erschöpfen also den Erben als solchen überhaupt nichts verbleibt, es sei denn, dass ein anderer Wille des Erblassers erweislich wäre Unbedenklich aber wird angenommen werden dürfen, dass derartige Hineinvermächtnisse in allen Fällen unter die Beschwerungen des § 2306 BGB. fallen[122]), mithin also die Testierfreiheit des Erblassers einschränken.

Ob eine Heranziehung eines solchen Hineinvermächtnisses nach § 2318 Abs. 1 BGB. zur Tragung einer Pflichtteilslast zulässig ist, wird man mit Haidlen-Mayer[123]) regelmässig, als nach dem Willen des Erblassers verboten, verneinen müssen; es kommt jedoch auch hier auf den einzelnen Fall an. Wie es auch nach Kretzschmar[124]) Frage des einzelnen Falles ist, ob

120) Seite 60.
121) Kretzschmar in Sächs. Arch. f. Rpfl. 1922 S. 5. §§ 2042, 2047 I BGB; Planck Anm. 3 zu § 2150.
122) Leonhard § 2048 Anm. 1.
123) Haidlen-Mayer § 130 N. 22.
124) Kretzschmar in Sächs. Arch. f. Rpfl. 1922 S. 5.

aus der Zuwendung eines Vorausvermächtnisses der Wille des Erblassers zu entnehmen ist, dass hinsichtlich des Vorausvermächtnisses eine Beitragspflicht gem. § 2318 Abs. 1 BGB., wonach die Pflichtteilslast von dem Erben und dem Vermächtnisnehmer grundsätzlich verhältnismässig zu tragen ist, bestehen solle oder nicht. Nach Reichsgericht[125]) kann, wenn der Erblasser z. B. angeordnet hat, dass die Erben nach Abzug der Vermächtnisse alles Verbleibende unter sich gleich zu teilen haben, darin der Wille des Erblassers begründet sein, dem vorausbedachten Miterben die Beitragspflicht zu erlassen. Die Frage, ob der Vorausvermächtnisnehmer zur Tragung der Pflichtteilslast herangezogen werden kann, hat naturgemäss nur dann Bedeutung, wenn einerseits der vorausbedachte Miterbe überhaupt Erbe wird, denn wird er nicht Erbe, dann trägt er höchstenfalls als gewöhnlicher Vermächtnisnehmer an der Pflichtteislast mit; andererseits der vorausbedachte Alleinerbe nicht mit Nacherbschaft belastet ist, denn dann, wenn er endgültiger Erbe ist, kann es ihm ganz gleichgültig sein, ob er die Pflichtteilslast als Erbe oder als Vermächtnisnehmer trägt.

Soweit es sich bei dem Vorausbedachten um einen Miterben handelt, sind die Wirkungen des Vorausvermächtnisses dem Nacherben und dem Erbschaftskäufer (§§2110 Abs. 2 und 2373 BGB.) gegenüber die gleichen wie beim vorausbedachten Alleinerben. Dem Erbschaftskäufer gegenüber gilt das Vorausvermächtnis (auch insoweit, als es auf dem Erbteil des Erbteilsverkäufers ruht) nicht als mitverkauft. Treten die Miterben ihrerseits kraft ihres dinglichen Vorkaufsrechts (§ 2034 BGB) in den Erbschaftskaufvertrag ein, so gilt die Bestimmung des § 2373 BGB naturgemäss auch ihnen gegenüber. Für die dingliche Uebertragung eines Erbteils nach § 2033 BGB. gilt die Vorschrift des §2373 BGB natürlich entsprechend; denn der Erbteilsverkäufer kann seine dingliche Mitberechtigung nur an dem der Erbengemeinschaft unterliegenden Gesamthandvermögen, d. h. an dem Nachlass als Ganzem übertragen. Selbst wenn der Erbteilsverkäufer mit dem Erbschaftskäufer vereinbart haben würde, dass das Vorausvermächtnis als mitverkauft zu gelten habe, so würde dieser an dem Vorausvermächtnisgegenstand durch die Uebertragung des Erbteils nach § 2033 BGB Eigentum noch nicht erworben haben; vielmehr bedürfte es

125) RG. in L. Z. 15,19.

noch eines besonderen Uebertragungsaktes, falls er aus seinem Vorausvermächtnisanspruch schon befriedigt ist[126]).

Schlägt der Erbe (Allein- oder Miterbe) die Erbschaft aus, was — wie wir gesehen haben[127]), grundsätzlich in dem Fall möglich ist, wenn nicht der Erblasser das Vorausvermächtnis von der Bedingung der Annahme der Erbschaft abhängig gemacht hat — dann natürlich kann von einem dinglichen Rechtserwerb an dem durch Vorausvermächtnis vermachten Gegenstande keine Rede sein (§ 1953 Abs. 1 BGB.), dann zeigt sich das Vorausvermächtnis in seiner reinen Gestalt als Vermächtnis. Es ist dann aber kein Vorausvermächtnis im technischen Sinne mehr, denn zum Wesen desselben gehört ja, dass der Bedachte Erbe wird. Es kommt auch mit dem Teil, mit dem der Bedachte als Erbe selbst beschwert gewesen sein würde, zur Entstehung. Gleiches gilt dann, wenn die Erbeinsetzung (des Mit- oder Alleinerben) unwirksam ist. Dann fragt es sich in erster Linie, ob die unwirksame Erbeinsetzung auch die Unwirksamkeit des Vorausvermächtnisses zur Folge hat. Diese Frage ist aus § 2085 BGB. zu beantworten, wonach „die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur zur Folge hat, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde". Regelmässig aber wird nach dem mutmasslichen Willen des Erblassers anzunehmen sein, dass die beiden Verfügungen: Erbeinsetzung und Zuwendung eines Vorausvermächtnisses sich gegenseitig nicht bedingen[128]).

Dem Testamentsvollstrecker, sofern ihm nach §§ 2205, 2209 BGB. die Verwaltung des Nachlasses zusteht und dem Nachlassverwalter gegenüber kann der vorausbedachte Erbe das Vorausvermächtnis wie irgend ein anderer Gläubiger eine

126) Ist der verausvermachte Gegenstand noch nicht übertragen, der Vorausvermächtnisanspruch noch nicht erfüllt, so wird man in dem „Mitverkauf" des Vorausvermächtnisses eine Abtretung des dem vorausbedachten Erbschaftsverkäufer mit dem Erbfall enstandenen Anspruchs eben aus dem Vorausvermächtnis (nach § 2474 BGB) zu erblicken haben. Eine solche Abtretung kann formlos erfolgen. Mag auch die Fälligkeit des Vorausvermächtnisses hinausgeschoben sein, so kann die Abtretung des Vorausvermächtnisses doch schon nach Eintritt des Erbfalles erfolgen: so OLG Karlsruhe ROLG Bd. 34, 206. Aus diesem Grunde wird man einen Sonderübertragungsakt nicht mehr verlangen dürfen.

127) S. oben S. 61.

128) RGR. Komm. Anm. 1 zu § 2150 BGB.; Strohal § 29 N. 11. Böhm § 39 I. Dernburg § 84 IV.

Nachlassverbindlichkeit geltend machen und zwar auch zu dem Teil, mit dem er selbst beschwert ist[129]). Hier zeigt sich bei dem einem Alleinerben zugewendeten Vorausvermächtnis wieder die Besonderheit, dass er den ihm vorausvermachten Gegenstand sowohl kraft dinglichen Rechts, als auch auf Grund der Vorausvermächtnisverfügung herausverlangen kann. Böhm[130]) behauptet zu Unrecht, dass „es sich von selbst verstehe, dass die Anordnung eines Vorausvermächtnisses keine Bedeutung habe, wenn der bedachte Erbe der einzige Erbe ist und andere Vermächtnisse nicht angeordnet sind, es sei denn, dass eine Nacherbschaft in Betracht kommt". Die gleiche Behauptung stellen auch die Motive[131]) — allerdings auch zu Unrecht — auf.

Eine weitere Begünstigung ergibt sich für den Vorausvermächtnisnehmer im Verhältnis zu den Nachlassgläubigern, mit der Ausnahme der Vermächtnisse und Auflagen in den Fällen, wenn ein Nachlassgläubiger seine Forderung im Aufgebotsverfahren (§§ 1970 ff. BGB.) oder zum Nachlasskonkurs (§ 1989 BGB.) nicht geltend macht. Denn der vorausbedachte Erbe (Allein- oder Miterbe) ist nicht genötigt, ausgeschlossenen oder solchen gleichgestellten Nachlassgläubigern gegenüber das Vorausvermächtnis nach erfolgter Berichtigung, auch soweit es auf seinem eigenen Erbteil oder der Erbschaft ruht, als Teil seiner Erbschaft sich anrechnen zu lassen, er behält es vielmehr als Vermächtnis[132]). Immerhin aber muss der betreffende Erbe damit rechnen, dass die Erfüllungsleistung, sei es im Falle des Nachlasskonkurses nach § 222 KO., sei es ausserhalb des Konkurses nach § 3 a Anf. Ges. eine Anfechtung gleich einer unentgeltlichen Verfügung des Erben erfährt[133]).

Weiteren Folgerungen daraus, dass das einem Erben zugewendete Vermächtnis auch insoweit als Vermächtnis gilt, dass der bedachte Erbe selbst beschwert ist, sind folgende:

Aus dem in § 2150 BGB. aufgestellten Grundsatz ergibt sich auch, dass das Vorausvermächtnis gem. §§ 2307 BGB. auf den

129) Staudinger § 2150 Anm. 2 b; RGR. Komm. Anm. 1 zu § 2150; Strohal § 29 III 2 c; Crome § 695 IV 2, Note 125, Dernburg § 84 III; vgl. auch RGR. Komm. § 2213 Anm. 2.
130) Böhm S. 140.
131) Motive Bd. 5 S. 140.
132) Mugdan Bd. 5 S. 598 oben = Protokolle S. 6585. Fischer-Henln § 2150 Anm. 2.
133) Planck § 1972 Anm. 2; Staudinger § 1972 Anm. 3.

Pflichtteil anzurechnen ist[134]), natürlich nur, sofern es nicht ausgeschlagen wird. Jedoch bleibt das Vorausvermächtnis bei der nach § 2092 BGB. vorzunehmenden Berechnung der Erbteilsquoten ausser Betracht [135]). Gleiches gilt auch für den Fall, in dem der Erbe für eine Nachlassschuld nur in Höhe oder nach Verhältnis seines Erbteils haftet[136]).

Das vertragsmässig angeordnete Vorausvermächtnis unterliegt ausserdem dem Schutz des § 2288 BGB., wenn die Voraussetzungen dieser Vorschriften gegeben sind[137]). Dem von uns so benannten „Hineinvermächtnis" ist dieser Schutz zu versagen, da dieses ja nur im Zusammenhang mit der Ausführung der Teilungsanordnung zum Zug gelangt.

Ob der Ersatzerbe auch auf das dem zunächst eingesetzten Erben — an dessen Stelle er tritt — zugewendete Vorausvermächtnis Anspruch hat, wird von der Prüfung der Frage abhängig zu machen sein, ob der Erblasser den Ersatzerben lediglich für den Erbteil des zunächst Eingesetzten hat berufen oder ob er diesem auch das Vorausvermächtnis hat zuwenden wollen[138]). So hat das Oberlandesgericht Kiel [139]) entschieden, dass dort, wo einem mit einem Vorausvermächtnis bedachten Miterben, dessen Abkömmlinge „substituiert" sind, es auf die Auslegung ankomme, ob diese nur Ersatzerben oder auch Ersatzvermächtnisnehmer hinsichtlich des Vorausvermächtnisses sein sollen

III. Teil.

Das Verhältnis zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis.

§ 9. Die Bedeutung der Unterscheidung der beiden Institute.

Die grosse Bedeutung, die einer Grenzziehung zwischen den beiden Instituten zukommt, ist in Literatur und Rechtsprechung anerkannt. Aus dem bisher Gesagten schon ist zu entnehmen, dass die Wirkungen von Teilungsanordnung und Voraus-

134) Strohal § 29 Note 19; Staudinger § 2150 Anm. 2 f; RGR. Komm. § 2150 Anm. 1.
135) Staudinger § 2150 Anm. 2 f; RGR. Komm. § 2092 Anm. 2.
136) Strohal § 29 Note 19; Staudinger § 2150 Anm. 2 f;
137) Cosack Bd. 2 § 433 VI.
138) Motive Bd. 5 S. 78; Staudinger §§ 2096 — 2098 Anm. 4; RGR. Komm. Anm. 1 zu § 2150 a. E.
139) R. OLG. Bd. 34 S. 283.

vermächtnis eine solche Verschiedenheit aufweisen, die, wenn die letztwillige Verfügung eine unrichtige Auslegung erfährt, Konsequenzen nach sich ziehen, welche der Absicht des Erblassers durchaus nicht entsprechen, ja sogar dieser zuwiderlaufen. Wiederholt stösst man sowohl in Literatur wie in Rechtssprechung auf die Worte wie: „Die beiden Institute (Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis) müssen streng auseinandergehalten werden" oder „Vom Vorausvermächtnis streng zu scheiden ist die Teilungsanordnung" oder: „Das Vorausvermächtnis ist scharf zu scheiden von der Teilungsanordnung" oder „Die erblasserische Teilung ist also keine Vermächtnisverfügung", wie z. B. Kohler[140]) sagt. Entscheidungen der Gerichte[141]) weisen immer wieder darauf hin, welcher Unterschied zwischen den beiden Instituten gegeben ist. Insbesondere aber enthält die Literatur[142]) Erläuterungen übereinstimmender Art darüber, welcher begriffliche Unterschied zwischen dem Vorausvermächtnis und der Teilungsanordnung besteht. Dieser Unterschied wird – ob mit oder ohne Grund, mag hier zunächst unerörtert bleiben — den Wirkungen, die die beiden Institute auslösen, entnommen.

Aus dem Angeführten ergibt sich mit zwingender Notwendigkeit die eingangs erwähnte grosse Bedeutung, die einer Abgrenzung zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis beizumessen ist.

§ 10. Wann liegt eine Teilungsanordnung, wann ein Vorausvermächtnis vor?

Nicht immer wird es leicht sein, aus einer letztwilligen Verfügung eine eindeutige Charakterisierung der Verfügung als Teilungsanordnung oder als Vorausvermächtnis zu entnehmen. Die Entscheidung darüber wird oftmals schwerwiegenden Zweifeln begegnen. Häufig werden die Worte der letztwilligen Verfügung nicht eindeutig sein, sodass zu einer Auslegung dersel-

140) Kohler in Arch. f. ziv. Praxis Bd. 91 S. 334.

141) RG. in Seuff. Arch. Bd. 63 Nr. 227 und RGZ. Bd. 108 S. 83 ff.; Bayr. Ob. LG. Bd. 13, 13 und Bd. 14 S. 401; R. OLg. Bd. 9 S. 396; KGJ. Bd. 22 A S. 301; Sächs. Arch. f. Rpfl. 1913 Nr. 23/24 u. a.

142) Staudinger § 2150 Abs. 4 Anm. 1; Planck § 2150 Anm. 3; RGR. Komm. § 2048 Anm. 1; Warneyer § 2048 Anm. I; Fischer-Henle § 2150 Anm. 1; Sörgel § 2048 Anm. 2; Dernburg § 84 I; Haidlen-Mayer § 130 N. 20. Leonhard §§ 2048 Anm. I und 2150 Anm. I; Kipp §§ 44 I 1; 85 IV 1 und 85 N. 10; Kretzschmar: Säch. Arch. f. Rpfl. 1922 S. 5; Böhm § 39 I und IV; Crome § 695 N 115; Stedler S. 55; Rosenbauer S. 21.

ben geschritten werden muss. Dabei ist neben dem Willen des Gesetzgebers, den er durch die Einrichtung der beiden Institute zum Ausdruck gebracht hat, und dem Zweck, den der Gesetzgeber dabei verfolgt hat[143]), insbesondere auch der Wille des Erblassers Leitgedanke und Wegweiser. Denn es ist allgemein anerkannt, dass das, was der Erblasser gewollt hat, im Einzel- und Zweifelsfall Auslegungsfrage ist[144]). Die Auslegung einer letztwilligen Verfügung ist, da auch ein Testamentsvollstrecker[145]) zur authentischen Auslegung derselben selbst im Streitfall unter den Erben nicht befugt ist, dem Prozessgericht vorbehalten. Deshalb kann ein Streit über den Rechtsbestand und die rechtliche Natur einer letztwilligen Verfügung endgültig, d. h. mit Rechtskraft für und gegen alle Erben stets nur auf dem Weg einer, zwischen den Miterben selbst oder unter Umständen zwischen den Miterben einerseits und dem Testamentsvollstrecker andererseits durchgeführten Feststellungsklage entschieden werden. In gewissen Fällen erübrigt sich aber eine Auslegung. Fälle solcher Art sind z. B. Verträge unter Lebenden, durch die der Erblasser seinen Grundbesitz mehreren seiner Kinder unter Anrechnung der Kaufpreise auf ihren Erbteil überträgt; hier scheiden sowohl Teilungsanordnung[146]) wie Vorausvermächtnis aus. Denn die Verpflichtung zur Anrechnung bedeutet lediglich die Verpflichtung, die Kaufpreise bei der Auseinandersetzung untereinander zur Ausgleichung zu bringen.

Mit Kuetgens[147]) ist zu sagen, dass in allen Fällen, in denen nur einige Miterben zu Gunsten eines Miterben beschwert sind, die schwierige Vorfrage, ob es sich um eine Teilungsanordnung oder ein Vorausvermächtnis handelt, fortfällt, denn eine solche Anordnung kann nicht mehr den Charakter einer Teilungsanordnung haben, muss vielmehr ein Vorausvermächtnis sein; allerdings kein Vorausvermächtnis im engeren Sinne (§ 2150 BGB.).

Zutreffend weist Kuetgens[148]) noch auf einen weiteren Fall hin, dass es nämlich kein Vorausvermächtnis darstelle, wenn der Erblasser in seinem Testament gemäss § 332 BGB. einen

143) Siehe oben S. 13.
144) Vgl. Anm. 140.
145) Staudinger Bem. I A 1 n §§ 2197—2201.
146) Rhein. Arch. 111, 136 = z. Bl. FG. Bd. 15 Nr. 49 a.
147) Kuetgens S. 74.
148) Kuetgens S. 65/66.

seiner Erben als empfangsberechtigt aus einem von ihm geschlossenen Lebensversicherungsvertrag bezeichnet. Dies kann aber auch eine Teilungsanordnung nicht darstellen. Denn in diesem Fall erwirbt der nachbenannte empfangsberechtigte Miterbe unmittelbar aus dem Vertrag und nicht von Todeswegen aus dem Nachlass[149]). Das Recht aus dem Vertrag gelangt schon gar nicht zum Nachlass des Erblassers. Auch dieser Fall zeigt, dass eine Auslegung der letztwilligen Verfügung nach der Seite, ob Vorausvermächtnis oder Teilungsanordnung vorliegt, nicht erforderlich ist. Für eine Auslegung kann aber dann Raum sein, sobald es sich darum handelt, dass der betreffende Erbe die Leistung aus dem Vertrag als Vorerbe oder Nacherbe erhalten soll. Denn dann fällt nach dem Willen des Erblassers der Vertragsanspruch zunächst in seinen Nachlass[150]).

Einer Auslegung dürfen aber nur solche letztwillige Verfügung unterzogen werden, die den Formerfordernissen Genüge leisten. Liegt eine Urkunde des Erblassers vor, die zwar eine letztwillige Verfügung enthält, nicht aber allen Erfordernissen genügt, so ist, wie Staudinger[151]) zutreffend bemerkt, der Richter nicht gezwungen, gegen das Formerfordernis „auszulegen". Nicht ausgeschlossen ist, dass eine solche, wegen Formmangels nichtige letztwillige Verfügung für die Willenserforschung eines weiteren, aber formgiltigen Testaments des Erblassers verwertet wird[152].)

Ergeben sich aber aus der formgültigen letztwilligen Verfügung Zweifel über deren Auslegung, ist die auszulegende Erklärung missverständlich oder mehrdeutig, bestehen mithin Zweifel über den wahren Willen des Erblassers, dann ist die Auslegungsregel des § 2084 BGB[153]) zu der Entscheidung heranzuziehen. Neben dieser Auslegungsregel finden aber als allgemeine Auslegungsregeln insbesondere die §§ 133 BGB — wonach der bei der Auslegung einer Willenserklärung der „wirkliche Wille" zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ist[154]); wobei insbesondere auch aus-

149) Ehrenberg, Jherings J. Bd. 41 S. 380; Soerg. Rspr. 1915 § 332; RG. Recht 1916 Nr. 1697. RGZ. Bd. 106 S. 1 ff.
150) Bay. Ob. LG. Recht 19117 Nr. 846; R. OLG. Bd. 33 S. 232.
151) Staudinger § 2048 Anm. 1; vgl. auch KG. in Seuff. Arch. Bd. 76. S. 707.
152) RGR. Komm. § 2084 Anm. 2; RG. J. W. 1913, 991; 1918, 172; Recht 1920 Nr. 419, 422; 1925 Nr. 900.
153) Warn. 1913 Nr. 230; Recht 1919 Nr. 1527.
154) Staudinger Vorbem. 1a zu §§ 2066—2077 BGB; Kipp § 18 I; RG Recht 1913 Nr. 219; 1915, 573; LZ. 1921, 376.

serhalb der auszulegenden urkundlichen Erklärung liegende Umstände herangezogen werden können[155]) — 139 BGB[156]) und 140 BGB (Konversion)[157]) Anwendung.

Bevor an die Frage, ob in einer letzwilligen Verfügung ein Vorausvermächtnis oder eine Teilungsanordnung zu erblicken ist, herangetreten werden kann, bedarf es der Entscheidung der Vorfrage, ob Erbeinsetzung oder Vermächtnis gemeint ist. Dabei hilft uns das Gesetz in den Bestimmungen des § 2087 BGB durch allgemeine Richtlinien nach. § 2087 Abs. 1 BGB bestimmt, dass die Zuwendung des Vermögens oder eines Bruchteils stets als Erbeinsetzung anzusehen ist. Diese Vorschrift ist aber nur dispositiv[158]). In § 2087 Abs. 2 BGB stellt das Gesetz die Auslegungsregel auf, dass im Zweifel die Zuwendung nur einzelner Gegenstände keine Erbeinsetzung enthält, wenn auch der Bedachte als Erbe bezeichnet ist. Erscheint aber die Zuweisung eines einzelnen Nachlassbestandteils als Teilungsanordnung nach § 2048 BGB, so ist die Vermächtnisvermutung (§ 2087 II BGB) widerlegt[159]). So z. B. wenn der Wille des Erblassers darauf gerichtet ist, dass die bedachten Personen nicht auf die zugewiesenen Gegenstände beschränkt sein sollen, dass diesen vielmehr sein bis zum Erbfall von ihm noch hinzuerworbenes Vermögen zufallen solle. Hier ist für die Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB kein Raum; vielmehr liegen Erbeinsetzungen, verbunden mit Teilungsanordnungen nach § 2048 BGB vor. Die Teilungsanordnungen enthalten zugleich die mittelbare Bestimmung der Erbteile, deren Grösse sich sodann nach dem Verhältnis der Werte der zugewendeten Gegenstände zum Werte des Gesamtnachlasses bestimmt[160]). Diese Fälle bedeuten keine Besonderheit. Aber auch hier, wo der Erblasser die Grösse der Erbteile seiner Erben in der Zuweisungsform eines bestimmten Nachlassgegenstandes entstehen lässt, wird den betreffenden Erben selbstverständlich nicht unmittelbares Eigentum an den zugewiesenen Gegenständen begründet, denn das bürgerliche Gesetzbuch kennt die Erbfolge nur als Universalsukzession. Mit dem Erbfall aber wird der Nachlass gemein-

155) RGZ 59,219; 68,128; 71,115; 99,85; 106,358; 108,85; 116,250; KGJ Bd. 42 S. 119.
156) Kipq § 18 III; RG Recht 1920 Nr. 420.
157) Staudinger Vorbem. 6 §§ 1937—1941 § Kipp § 15 II.
158) KGJ 38,69.
159) ZBlFG Bd. 14 Nr. 108.
160) Staudinger § 2087 Anm. 3; KG Recht 1919 Nr. 1530. KGJ. Bd. 52 A 71; weitere Einzelfälle vgl. Sörgel § 2087 Anm. 5.

sames Eigentum der Erben und es wird der durch die Teilungsanordnung zugewiesene Gegenstand aus der Erbengemeinschaft nicht ausgeschlossen[161]); hiezu ist vielmehr ein Auseinandersetzungsvertrag mit Sonderübertragungsakten (bei Grundstükken also Auflassung, wozu noch die Eintragung kommen muss), erforderlich.

Ist nach den gesamten Auslegungsregeln der Inhalt der erblasserischen Erklärung dem wahren Willen des Erblassers entsprechend ausgelegt, so kann noch immer die rechtliche Natur der letztwilligen Verfügung selbst zweifelhaft sein. Auch hier dienen uns die schon erwähnten §§ 133, 139, 140 und insbesondere § 2084 BGB, denn dem Sinn und Zweck dieser letzteren Vorschrift entspricht es, dass sie auch dann zur Anwendung gelangt, wenn die rechtliche Natur der Verfügung selbst zweifelhaft ist[162]). Damit soll aber nicht etwa behauptet werden, dass der Wille des Erblassers die Ursache der Rechtswirkung wäre; vielmehr kommt der Wille des Erblassers nur für die Auslegung des tatsächlichen Inhalts der letztwilligen Verfügung in Betracht[163]).

Fälle, die eine Auslegung notwendig machen, sind jedoch im Rahmen dieser Arbeit nur denkbar, wenn es sich um die Zuweisung bezw. Zuwendung von Gegenständen an einen gesetzlich oder testamentarisch oder aus beiden Rechtsgründen überhaupt zur Erbfolge Berufenen handelt. Denn, wie wir gesehen haben, ist einerseits die Wirksamkeit und Durchführung einer Teilungsanordnung dadurch bedingt, dass derjenige, dem der Gegenstand zugewiesen ist, wirklich Erbe wird[164]), andererseits hat das Vorausvermächtnis (im engeren Sinne nach § 2150 BGB) zur Voraussetzung, dass es den gesamten Nachlass belastet und einem Erben (Allein- oder Miterben) zugewendet wird, wobei es alsdann keinen Unterschied macht, ob der bedachte Erbe als Erbe dadurch wegfällt, dass er die Erbschaft ausschlägt[165]) oder seine Erbeinsetzung unwirksam ist [166])

Danach scheidet also eine Prüfung der Frage, ob es sich bei einer letztwilligen Verfügung um eine Teilungsanordnung

161) Meyer-Reis § 73 II. 4; ROLG Bd 9 S. 398 ff.
162) Motive V S. 43; RGRKomm. § 2084 Anm. 1; RG Recht 1919 Nr. 602, 603.
163) Bayr. Ob. LG. SeuffBl. Bd. 73 S. 419.
164) Siehe oben S. 33.
165) Siehe oben S. 61.
166) Siehe oben S. 70.

oder um ein Vorausvermächtnis handelt, von vornherein dort aus, wo ein extraneus einen Gegenstand zugewiesen erhält; sei es auch, dass dem Dritten das Recht eingeräumt wird, einen bestimmten Nachlassgegenstand um einen gewissen Preis zu erwerben. Denn die letztere Anordnung bedeutet nur ein gewöhnliches Vermächtnis, nämlich das Vermächtnis eines Kaufrechts[167]). Ist in einem solchen Fall der Uebernahmepreis im Verhältnis zum wahren Wert sehr niedrig bestimmt, so kann in diesem Vermächtnis in Höhe des Unterschiedsbetrags ein uneigentliches Vermächtnis — allerdings ohne rechtliche Selbständigkeit — enthalten sein. Eine Ausnahme wird in solchem Fall allerdings dann zu machen sein, wenn der extraneus Ersatzerbe des zunächst Eingesetzten wird.

Es soll nun versucht werden, diejenigen charakteristischen Merkmale, die bei der Frage der Auslegung einer letztwilligen Verfügung als Teilungsanordnung oder Vorausvermächtnis von Bedeutung sind, und die alsdann entscheidend und ausschlaggebend auf die Beurteilung nach der einen oder anderen Seite einwirken, herauszustellen.

Bei den bisher vorgenommenen Untersuchungen nach Unterscheidungsmerkmalen, ob Teilungsanordnung oder Vorausvermächtnis vorliegt, sind wir wiederholt auf die Frage gestossen, was die Absicht des Erblassers war. In der Tat wird auch ein Zurückgehen auf den Willen des Erblassers bei der Lösung der Frage nie entbehrt werden können. Ueberwiegend haben sich denn auch die mit der Frage betr. die rechtliche Auslegung einer letztwilligen Verfügung als Teilungsanordnung oder Vorausvermächtnis befassten Gerichte auf den — mit der in der Literatur durchweg anerkannten Ansicht — übereinstimmenden Standpunkt gestellt, dass es im einzelnen zu entscheidende Auslegungsfrage sei, was der Erblasser gewollt habe.

Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung sind zwei verschiedene Rechtsinstitute. Die Verschiedenheit bedeutet aber nicht zugleich unbedingte Gegensätzlichkeit in dem Sinne, dass sie sich grundsätzlich gegenseitig ausschliessen würden.

Gegensätze finden wir insbesondere dort, wo wir die Interessenlage, einerseits des Erblassers und andererseits des Erben,

167) Urteil des Reichsfinanzhof: RFHE. Bd. 12 S. 278. J. W. 1928 S 3078; ROLG Bd. 43 S. 404; Bd. 44 S.94.

der von der letztwilligen Verfügung betroffen wird, vergleichen. Bei der Teilungsanordnung kommt es dem Erblasser nicht darauf an, Vorteile zu gewähren; er bringt hier vielmehr eigene Wünsche zum Ausdruck: Er will durch die Zuweisung eines oder mehrerer Gegenstände die Art und Weise der Teilung seines Nachlasses bestimmen. Dabei braucht er keineswegs Interessen seiner Erben ins Auge zu fassen. Der Wille des Erblassers muss dabei in der Richtung ausgelegt werden können, dass der einem Miterben zugewiesene Nachlassgegenstand den Erbteil oder einen Teil desselben darstellen soll. Mit anderen Worten, dass der zugewiesene Nachlassgegenstand unter Anrechnung auf den Erbteil zugeteilt werden soll. Sobald eine derartige Anrechnung auf den Erbteil gewollt ist, bleibt die erblasserische Bestimmung eine Teilungsanordnung; mag in der Anordnung auch eine Bevorzugung des von ihr betroffenen Miterben liegen oder auch vom Erblasser beabsichtigt sein. Dem wirtschaftlichen Erfolg einer solchen Bevorzugung kommt eine rechtliche Bedeutung für die Bestimmung des rechtlichen Charakters der Anordnung nicht zu[168]). Im Gegensatz hiezu steht beim Vorausvermächtnis die Berücksichtigung der Interessen des Miterben im Vordergrund. Der Erblasser will einem gewissen Miterben neben seinem Erbteil noch besondere Vorteile verschaffen. Dabei handelt es sich um eine, den ganzen Fragenkomplex der Nachlassauseinandersetzung unberührt lassende Anordnung. Durch sie sollen Ansprüche geschaffen werden, welche dem Bedachten neben seiner Stellung als Erbe die Rechtsstellung eines Vermächtnisnehmers verschaffen. Der betr. Bedachte soll den zugewiesenen Gegenstand also ausser seinem Erbteil auf Grund besonderen Anspruchs gegen die Nachlassmasse erhalten. Gewiss kann dabei der Erblasser auch eigene Interessen verfolgt haben; jedoch werden es Interessen des Erben sein, die überwiegen. Allein es gilt auch hier der oben schon vertretene Satz: dass die Feststellung der Begünstigungsabsicht keineswegs dringend zur Annahme eines Vorausvermächtnisses führt. Dies beweist schon der einfache Hinweis auf § 2049 BGB, wonach auch die Anordnung, dass einer der Miterben das Recht haben soll, ein zum Nachlass gehörendes Landgut zu übernehmen, eine Begünstigung des betreffen-

168) RG ZBLFG Bd. 8 S. 770.

den Miterben enthält, trotzdem aber Teilungsanordnung und nicht Vorausvermächtnis ist.

Nun ist es aber durchaus möglich – wie schon angedeutet, – dass der Erblasser eigene Interessen mit denen des Erben verbindet. Dafür liefert das Gesetz in § 2049 BGB selbst den Beweis. Eine solche Verbindung ist u. E. aber nur möglich, insoweit im Wege der Teilungsanordnung einem Miterben mehr zugewiesen wird, als er nach den vom Erblasser ausgeworfenen oder nach den gesetzlichen Erbquoten erhalten würde. Der umgekehrte Fall ist nicht wohl denkbar.

Von entscheidender Bedeutung für die Bestimmung des rechtlichen Charakters der konkreten Anordnung ist u. E. auch die Frage, welchen Zweck der Erblasser mit seiner Verfügung zu erreichen beabsichtigte. Denn dieser vom Erblasser verfolgte Zweck ist bei der Auslegung seiner letztwilligen Verfügung vor allem zu berücksichtigen[169]. Die Beantwortung dieser Frage erfordert aber eine eingehende Klärung der tatsächlichen Verhältnisse, insbesondere der Beziehungen, in denen der Erblasser mit den Personen stand, denen er in seiner Verfügung Gegenstände zuweist. Ergeben Nachprüfungen in dieser Richtung irgendwelche Zusammenhänge mit dem Wortlaut der Verfügung, dann gewinnt das geschriebene Wort Sinn, der Erblasserwille kann durch Schlussfolgerung festgestellt werden, und es bedarf alsdann nur noch der Einkleidung dieses Willens in die juristische Form.

Wir sind davon ausgegangen, dass der Erblasser anordnen will, dass alle oder einzelne seiner Miterben bestimmte Nachlassgegenstände erhalten sollen. Die Erreichung dieses Willens ist – wie schon betont worden ist — auf doppeltem Wege möglich: entweder durch Anordnung von Vorausvermächtnissen (§ 2150 BGB) oder durch Anordnung von Bestimmungen über die Art und Weise der Teilung seines Nachlasses (§ 2048 BBG). Wir haben aber weiter gesehen, dass im Fall des Vorausvermächtnisses eine Mehrheit von Erben nicht vorhanden sein muss, dass vielmehr auch dem Alleinerben ein solches zugewendet werden kann[170]). Letztere Möglichkeit ist aber nicht

§ 2049 I BGB: „Hat der Erblasser angeordnet, dass einer der Miterben das Recht haben soll, ein zum Nachlass gehörendes Landgut zu übernehmen, so ist im Zweifel anzunehmen, dass das Landgut zu dem Ertragswert angesetzt werden soll."

169) ROLG Bd. 18 S 333 ff.; Bd. 24 S. 108.

170) Siehe oben S. 62.

gegeben bei der Teilungsanordnung. Hier wird eine Mehrheit von Erben erfordert[171]), da ja, sobald nur ein einziger Erbe vorhanden ist, eine Auseinandersetzung des Nachlasses nicht stattfinden kann[172]). Ist dem Alleinerben durch letztwillige Verfügung im Wege der Teilungsanordnung ein Nachlassgegenstand zugewiesen, so kann dies einen praktischen Sinn nicht haben. Wir sehen demnach, dass die zum Ziel gesteckte Aufgabe nur dort praktische Bedeutung haben kann, wo eine Mehrheit von Personen zur Erbfolge berufen ist.

Vorausgeschickt mag hier wiederholt werden, dass die Teilungsanordnung die Grösse der Erbteile mittelbar zu bestimmen vermag; dass aber in den Fällen, wenn die Erbteile der Erben, sei es auf Grund Gesetzes, sei es auf Grund letztwilliger Verfügung, quotenmässig bestimmt sind, weder die Teilungsanordnung noch das Vorausvermächtnis eine Erhöhung oder Ermässigung der Erbteile bedingen können. Teilungsanordung und Vorausvermächtnis sind dagegen für die Grösse der auf die Erbteile treffenden Wertbeträge von sehr ‚unterschiedlichem, einschneidendem Einfluss. Um die Auswirkung dessen zu veranschaulichen, wollen wir ein einfaches Beispiel betrachten:

Der Erblasser hinterlässt einen schuldenfreien Nachlass im Wert von 50 000 RM., worunter sich eine Bibliothek im im Wert von 5 000 RM. und Fahrnis im Wert von 4 000 RM. befinden. Seine gesetzlichen Erben sind: Sohn A und Tochter B. In seinem formgültigen Testament hat er folgendes bestimmt: „Bei der Auseinandersetzung meines Nachlasses soll meinem Sohn meine Bibliothek zum Anschlagswert, meine Fahrnis meiner Tochter ebenfalls zum Anschlagswert zufallen".

Angenommen, es handle sich um eine Teilungsanordnung, dann ist folgende Berechnung anzustellen: An dem Nachlass von 50 000 RM. sind je zu ½ erbberechtigt A und B; auf jeden Erben entfällt ein seinem Erbteil entsprechender Wertbetrag von 25 000 RM. Hierauf haben sich anrechnen zu lassen:

A den Wert der Bibliothek mit 5 000 RM.,
B den Wert der Fahrnis mit 4 000 RM.,

sodass also aus dem Nachlass noch anzusprechen haben:

171) Kipp § 44 I 1; Rosenbauer § 4. S. 21.
172) Siehe oben S. 34.
173) Siehe oben S. 76.

A (25 000 — 5 000) = 20 000 RM.
B (25 000 — 4 000) = 21 000 RM.

Es bleiben also der quotenmässige Erbteil, ebenso wie der auf ihn treffende Wertbetrag unberührt.

Sobald aber der Testamentsinhalt einen anderen, etwa folgenden Ausdruck annimmt: „Meinem Sohn A vermache ich als Vorausvermächtnis meine Bibliothek, meiner Tochter B meine Fahrnis", und es geht der Wille des Erblassers auf Vorausvermächtniszuwendung, dann ergibt, wie folgende Berechnung zeigt, wobei die hievor genannten Anschlagswerte für Bibliothek und Fahrnis zu Grunde gelegt werden sollen, sich: Bei sich gleichbleibenden Erbteilsquoten erfahren die auf sie treffenden Wertbeträge eine wesentliche Aenderung; der Erbteilswert veringert sich.

Von dem Reinnachlass von 50 000 RM.
sind zunächst in Abzug zu bringen:
der Wert der beiden Vorausvermächtnisse, da bei Nichtnennug eines Beschwerten sämtliche Erben als beschwert gelten (§ 2147 BGB),
mithin insgesamt 9 000 RM.
der verbliebene Rest mit 41 000 RM.
stellt den Teil des Nachlasses dar, der den beiden Miterben A und B als Erben je zur Hälfte zukommt. Demnach gestalten sich die Ansprüche gegen den Nachlass folgendermassen:

Sohn A:	Vorausvermächtnis	5 000 RM.	
	Erbteil	20 500 RM.	25 500 RM.
Tochter B:	Vorausvermächnis	4 000 RM.	
	Erbteil	20 500 RM.	24 500 RM.

Würde in beiden Beispielen einem oder beiden Erben Nacherbschaft angeordnet sein, so würde den Nacherben, soweit nicht befreite Vorerbschaft in Frage kommt, im ersten Fall die gesamte Erbschaft zufallen, während im zweiten Fall, bei der Annahme eines Vorausvermächtnisses, nur die Erbteile dem Rechte des Nacherben unterliegen würden.

Aus diesen Berechnungen ersehen wir, welche Bedeutung der rechtlichen Beurteilung einer letztwilligen Verfügung als Teilungsanordnung oder Vorausvermächtnis zukommt und dass das wirtschaftliche Ergebnis von augenfälliger Wirkung ist, so, dass es in vielen Fällen ein wichtiges Merkmal zur Erfor-

schung der Willensrichtung des Erblassers abgeben kann. Vor allem aber ersehen wir daraus den Unterschied, der den beiden Instituten in Literatur und Rechtsprechung in dem einhellig angenommenen Grundsatz zuerkannt wird:

> „Im Fall der Teilungsanordnung muss der Erbe sich den ihm zugewiesenen Gegenstand auf seinen Erbteil anrechnen lassen, während er ihn im Fall des Vorausvermächtnisses ausser seinem Erbteil erhält".

Kuetgens[174]) weist zutreffend darauf hin, dass mit dieser Feststellung des Unterschieds und mit der Erklärung, was der Erblasser im Einzelfall gewollt habe, Auslegungsfrage sei, weder eine Begriffsbestimmung für die beiden Rechtsinstitute, noch überhaupt das wesentliche Unterscheidungsmerkmal gewonnen sei. Die wesentlichen Unterscheidungsmerkmale für die beiden Institute liegen u. E. vielmehr darin begründet, welche Rechtsstellung dem Miterben, dem ein Nachlassgegenstand zugewiesen ist, eben in Bezug auf diesen Gegenstand eingeräumt ist. Auch hier sind entsprechend den verschiedenen Wirkungen der beiden Rechtsinstitute verschiedene Rechtsstellungen für den Miterben gegeben. Bei der Teilungsanordnung ist, wie wir gesehen haben[175]), ein selbständiger Anspruch gegen den Nachlass nicht begründet, vielmehr kann die Durchführung der Teilungsanordnung nur bei der Auseinandersetzung des Nachlasses, notfalls durch Auseinandersetzungsklage erzwungen werden. Um also einer letztwilligen Verfügung des Erblassers die rechtliche Natur einer Teilunganordnung angedeihen lassen zu können, muss der Wille des Erblassers in der Richtung gegangen sein, dass er dem betreffenden Miterben die Geltendmachung seines Anspruchs nur bei der Auseinandersetzung seines Nachlasses und zwar als Bestandteil seines Erbteils, zubilligen wollte; der Erblasser also die Absicht hatte, zu verteilen, nicht Vorteile zu gewähren, dem Miterben als Erben, nicht in dessen Eigenschaft als Vermächtnisnehmer einen gewissen Nachlassgegenstand zuzuwenden. Davon ist wohl zu unterscheiden der Tatbestand, wo der Erblasser einem Miterben eine Einzelzuwendung als Vorausvermächtnis macht, die Fälligkeit jedoch auf den Zeitpunkt der Auseinandersetzung hinausschiebt. Denn die Entstehung des Anspruchs aus dem Vermächtnis erfolgt, sofern nicht Ausnahmefälle — wie

174) Kuetgens S. 4.
175) S. oben S. 33.

solche in den §§ 2177 und 2178 BGB. vorgesehen sind — vorliegen, mit dem Erbfall. Die Annahme eines Vorausvermächtnisses erfordert, dass der Wille des Erblassers erkennbar darauf gerichtet ist, einem Erben oder Miterben noch besonders eine Einzelzuwendung zu machen. Ein Vorausvermächtnis liegt also vor insbesondere dann, wenn der Wille des Erblassers darauf gerichtet ist, dass diese Einzelzuwendung selbständig neben der Erbeinsetzung einhergehen soll; wenn der Erblasser den Erben nicht als Erben bedenken, diesem vielmehr neben seiner Erbenstellung die Stellung eines Vermächtnisnehmers einräumen wollte; den Erben sonach der Erbengemeinschaft als Gläubiger gegenüberstellen, ihm somit einen Anspruch gegen die Nachlassmasse verschaffen wollte. Die, eine solche Willensrichtung bestätigende Auslegung wird dazu führen müssen, in der letztwilligen Verfügung ein Vorausvermächtnis anzunehmen. Im Regelfall kann der bedachte Erbe diesen Anspruch von dem Zeitpunkt des Erbfalls an, also vor, insbesondere aber ausserhalb und ohne Auseinandersetzung des Nachlasses geltend machen. Aus dem Gesagten entnehmen wir — um mit Marcuse [176]) zu sprechen — den weiteren hervorragendsten Unterschied zwischen den beiden Rechtsinstituten: dass nämlich die Teilungsanordnung der rechtlichen Selbständigkeit entbehrt, vielmehr mit der Erbeinsetzung steht und fällt, und nur durchgeführt werden kann, wenn nach Berichtigung der sämtlichen Nachlassverbindlichkeiten, auch solchen aus (Voraus-) Vermächtnissen etwas zur Verteilung unter den Erben übrigbleibt; wogegen es sich bei dem Vorausvermächtnis um eine selbständige Zuwendung handelt, die im allgemeinen durch Erbeinsetzung nicht bedingt ist, und selbst dann, wenn dem Erben als solchem aus dem Nachlass nichts verbleibt, Befriedigung, sei es auch nur teilweise, zu verschaffen geeignet ist.

Die Begünstigungsabsicht des Erblassers allein kann danach nicht dazu führen, ein Vorausvermächtnis anzunehmen, ebensowenig, wie die Festsetzung eines Uebernahmepreises den Ausschlag dafür abgeben kann, dass eine Teilungsanordnung vorliegt. U. E. ist vielmehr die dem betreffenden Miterben vom Erblasser — im Weg der Auslegung zu erforschende — eingeräumte Rechtsstellung das entscheidendste Merkmal für die Beurteilung des rechtlichen Charakters einer letztwilligen Anord-

176) Marcuse S. 5.

nung. Bei der Willenserforschung wird man hauptsächlich den Beweggründen des Erblassers, weshalb er diese oder jene Rechtsstellung einräumte, nachgehen müssen.

Auch der Wortlaut der letztwilligen Verfügung kann mit dazu dienen, auf den Willen des Erblassers zu schliessen. Hat der Erblasser z. B. bestimmt: „Meinem Erben A räume ich das Recht ein, das Nachlassgrundstück m zu übernehmen, so würde man auf den ersten Blick geneigt sein, in dieser Anordnung eine Vermächtnisverfügung annehmen zu wollen. Sieht man aber näher zu, so wird man Zweifel darüber haben müssen, ob nun der betreffende Erbe, der den Nachlassgegenstand zugewiesen erhalten soll, diesen erst im Zeitpunkt der Auseinandersetzung und als einen Teil seines Erbteils, oder aber diesen Gegenstand nicht kraft seiner Erbenstellung, sondern auf Grund der ihm vom Erblasser eingeräumten besonderen und besseren Stellung als Gläubiger gegenüber der Nachlassmasse, erlangen kann. Wie aber aus § 2049 BGB und dessen Stellung unmittelbar nach den Besimmungen über die Anordnungen für die Auseinandersetzung in § 2048 BGB hervorgeht, gilt die Einräumung eines Uebernahmerechts zunächst lediglich als Teilungsanordnung, nicht als Vorausvermächtnis. Im vorliegenden Fall müsste demnach ein weiteres Willensmoment des Erblassers hinzutreten, wollte man in der Anordnung des Erblassers ein Vorausvermächtnis erblicken. Es müssten der, die Einräumung eines Uebernahmerechts anordnenden letztwilligen Verfügung etwa noch die Worte: „den Gegenwert hat der betreffende Miterbe in die Nachlassmasse zu bezahlen" hinzugefügt sein. Denn aus diesem Zusatz ist immerhin möglich, den Schluss zu ziehen, dass das Uebernahmerecht vor der Auseinandersetzung geltend gemacht werden kann, da ja nach dieser eine Nachlassmasse, in die der Gegenwert fliessen soll, nicht mehr existiert. Die Festsetzung eines Uebernahmepreises allein ist demnach nicht geeignet, einer letztwilligen Verfügung den Charakter eines Vorausvermächtnisss zu nehmen. Andererseits sind, wie wir schon oben[177]) festgestellt haben, eine Bereicherung des Bedachten, oder Unentgeltlichkeit der Zuwendung keine Erfordernisse des Vermächtnisbegriffes.

Sobald jedoch in irgend welcher Weise die Willensrichtung des Erblassers dahin bestimmbar ist, dass der Entnahmeberechtigung bezüglich des zugewiesenen Gegenstandes aus dem

177) S. oben S. 42.

Nachlass eine Anrechnung des Gegenwerts (gleich Übernahmepreis), sei dieser auch niedriger, höher oder gleich dem wahren Wert des Gegenstandes, bei der Auseinandersetzung auf den Erbteil des übernahmeberechtigten Miterben gegenüberstehen soll, so kann in dieser Anordnung lediglich eine Teilungsanordnung erblickt werden, mag selbst das Uebernahmerecht nach dem Willen des Erblassers — was allerdings in den seltensten der Fälle zutreffen mag — schon vor der Auseinandersetzung des Nachlasses fällig sein. Denn hier handelt es sich ja um eine Anordnung über die Art und Weise der Auseinandersetzung (§ 2048 BGB). Es soll auch nach dem Willen des Erblassers, auch dann, wenn eine Uebertragung des Eigentums an dem zugewiesenen Gegenstand auf den übernahmeberechtigten Miterben schon (also vor Auseinandersetzung) stattgefunden hat, so angesehen werden, als befinde sich der betreffende Gegenstand noch in dem Nachlass. Denn würde man diese Annahme nicht machen, so würden, da sich der Nachlass um den Wert des entnommenen Gegenstandes verringert hat, und weil der Gegenwert nicht in den Nachlass gelangt ist, sowohl der übernahmeberechtigte als auch die übrigen Miterben ihres Erbrechts insoweit verlustig gehen. Dies aber würde dem mutmasslichen Willen des Erblassers wohl kaum entsprechen. Vielmehr wünscht dieser, wenn er eine Anrechnung des Gegenwerts für einen zugewiesenen Gegenstand auf den Erbteil des betr. Erben anordnet, dass dieser Vorempfang — und das sei hier in Analogie der Ausgleichungsvorschriften gesagt — bei Feststellung der Erbteilswerte mit in Rechnung gestellt, also dem Nachlass zugerechnet werde. Eine andere Regelung würde dem Zweck einer Teilungsanordung zuwiderlaufen.

Wir sehen demnach, wo das bedeutendste Unterscheidungsmerkmal bei der Feststellung der rechtlichen Natur der beiden Rechtsinstitute zu suchen ist. Nämlich dort, wo Berechtigungen einzelner oder mehrerer Miterben — und zwar nicht in ihrer Eigenschaft als solche — dem Nachlass als einer Sondergemeinschaftsphäre schon im Zeitpunkt des Erbfalls, also schon vor der Auseinandersetzung, aber auch ausserhalb dieser gegenüberstehen. Zum andern dort, wo Berechtigungen und Verpflichtungen der Miterben in ihrer Eigenschaft als Erben untereinander, jedoch erst im Zeitpunkt der Auseinandersetzung sich gegenüberstehen.

Die Festsetzung eines Uebernahmepreises durch den Erblasser kann selbst dann, wenn dieser den wahren Wert nicht erreicht, oder diesen überschreitet, wenn es sich also um die Zuwendung eines Vermögensvorteils, allerdings gegen Erstattung eines vom Erblasser festgesetzten niedrigen oder höheren Preises für die Zuwendung handelt, ein Unterscheidungsmerkmal dafür nicht abgeben, ob eine Anordnung des Erblassers eine Teilungsanordnung oder ein Vorausvermächtnis darstellt[178]). Kuetgens[179]), der sich aus der eben entwickelten Ansicht heraus gegen die eingangs schon erwähnte erste Entscheidung des Reichsgerichts vom 27. Februar 1908[180]) wendet, ist darin beizutreten, wenn er in dem von ihm angeführten Beispiel, wo der Erblasser bestimmte: „Mein Sohn A soll das Landgut zum Voraus für den Preis von 100 000 RM. erhalten" und der nach § 2049 BGB berechnete Wert des Landguts (Ertragswert) z. Zt. des Erbfalls 150 000 RM. betrug, der Ansicht ist, dass diese Bestimmung eine Teilungsanordnung oder ein Vorausvermächtnis sein kann. Wenn aber Kuetgens meint, dass das Reichsgericht in dieser Entscheidung sich auf den Standpunkt gestellt habe, dass es in der Zuweisung bestimmter Nachlassstücke an einen Erben zu niedrig bemessenen Uebernahmepreisen immer nur eine Teilungsanordnung trotz der in der Anordnung enthaltenen Bevorzugung erblicke, so ist dies irrig. Das Reichsgericht hat in dieser Entscheidung lediglich zum Ausdruck gebracht, daß dieser in der Bevorzugung eines Miterben enthaltene wirtschaftliche Erfolg für die Bestimmung des rechtlichen Charakters einer Anordnung des Erblassers nicht entscheidend ist. Dann fährt das Reichsgericht wörtlich fort: „Dass eine, die Anrechnung auf den Erbteil festsetzende Zuweisung einzelner Nachlasstücke an einen Miterben trotz der in der Bestimmung niedrig getroffener Uebernahmepreise liegenden Bevorzugung des Miterben seitens des Erblassers sich rechtlich als Teilungsanordnung i. S. des § 2048 BGB und nicht als Vorausvermächtnis i. S. des § 2150 BGB charakterisiert, wird denn auch in der Literatur überwiegend anerkannt". Daraus geht deutlich hervor, was Kuetgens verkennt, dass das Reichsgericht ganz besonderen Wert auf „die Anrechnung auf den Erbteil festsetzende Zuweisung" legt. In dem von Kuetgens zu

178) RGR. Komm. § 2048 Anm. 1; Planck § 2048 Anm. 1 u. § 2150 Anm. 3; ROLG. Bd. 9 S. 396.
179) Kuetgens § 3 S. 3 ff.
180) RG. Seuff. Arch. Bd. 63 Nr. 227.

Grunde gelegten Beispiel ist die Frage offen gelassen, ob der vom Erblasser bestimmte Uebernahmepreis „in Anrechnung auf den Erbteil" beglichen werden soll. Aber gerade diese „Anrechnung auf den Erbteil"[181]) anlässlich der Nachlassauseinandersetzung, nicht, wie wir gesehen haben, die Festsetzung eines Uebernahmepreises allein entscheidet mit die Frage, ob eine Teilungsanordnung oder ein Vorausvermächtnis vorliegt. Die Festsetzung eines Uebernahmepreises ist nicht erforderlich; trotzdem kann die Anordnung eine Teilungsanordnung i. S. des § 2048, wie aus § 2049 BGB hervorgeht, oder ein Vorausvermächtnis i. S. des § 2150 BGB sein. U. E. ist der vom Reichsgericht vertretene Standpunkt durchaus zu billigen, wenn auch — wie später[182]) gezeigt werden soll — dieser früheren Entscheidung, welche die Konkurrenz der beiden Institute ablehnt, nicht beigetreten werden kann. Vielmehr muss der in der neueren Entscheidung vom 21. Februar 1924[183]) zu Grunde gelegten Rechtsauffassung – wenn auch mit Vorbehalt – der Vorzug gegeben werden. Diese Entscheidung enthält eine Aufgabe der früheren Rechtsauffassung nach der Richtung, dass das Reichsgericht neuerdings die Möglichkeit für gegeben erachtet, dass eine Teilungsanordnung gleichzeitig auch ein Vorausvermächtnis involvieren könne.

Nach dem bisher Ausgeführten wird man sagen dürfen, dass in all den Fällen, in denen der Erblasser bestimmte Nachlassgegenstände an Miterben, sei es mit[184]) oder ohne Bestimmung von Uebernahmspreisen, jedoch unter der Anordnung zuweist, dass der Gegenwert[185]) zur Nachlassmasse gelangen solle, ein Vorausvermächtnis vorliegt[186]); denn wenn der Gegenwert noch zur Masse fliessen soll, dann ist ja der betr. Miterbe an diesem Entgelt noch mit erbberechtigt. Daraus geht hervor, dass der Anspruch vor Auseinandersetzung gleich dem Anspruch des Vermächtnisses aus einem Kaufrecht[187]) geltend gemacht werden kann. Hingegen wird eine Teilungsanordnung

181) Planck § 2150 Anm. 3 spricht von „Zuweisung eines bestimmten Nachlaßgegenstandes auf dem Erbteil", was das Gleiche ist.
182) S. unten S. 93 ff.
183) RGZ. Bd. 108 S 83 ff.
184) wobei es ohne Bedeutung ist, welche Wertunterschiede zum wahren Wert der Gegenstände bestehen;
185) nämlich der wahre Wert oder der vom Erblasser bestimmte Preis;
186) Ein Vermächtnis liegt insbesondere auch dann vor, wenn eine Gegenleistung überhaupt nicht, insbesondere auch nicht durch Anrechnung auf den Erbteil des Miterben erfolgen soll.
187) Vgl. Anm. 168. oben.

überall da anzunehmen sein, wo der zugewiesene Nachlassgegenstand erst anlässlich der Auseinandersetzung zugeteilt, und zwar auf den Erbteil zugeteilt, der Gegenwert nicht in die Nachlassmasse fliessen, vielmehr mit dem Erbteilswert des betreffenden Miterben bei der Auseinandersetzung verrechnet werden soll, mag auch der zur Verrechnung gelangende Gegenwert den Erbteilswert erreichen oder ihn übersteigen[188]). Denn sobald eine Anrechnung auf den Erbteil erfolgen soll, ist im Zweifel damit der Wille des Erblassers darauf gerichtet, dass er den zugewiesenen Gegenstand als Teil des Erbschaftsanspruchs seines Miterben betrachtet wissen wollte. Es scheidet daher die Annahme eines Vorausvermächtnisses dann aus, wenn der Erblasser den Erbteil eines seiner Miterben auf eine bestimmte Geldsumme beschränkt hat. Dies bedeutet vielmehr eine Teilungsanordnung i. S. des § 2048 BGB[189]). Erscheint die Zuweisung eines einzelnen Nachlassgegenstandes als Teilungsanordnung nach § 2048 BGB, so ist die Vermächtnisvermutung (§§ 2087 Abs. 2 i. V. mit 2150 BGB) widerlegt[190]).

Nathan[191]) tritt der Ansicht des Reichsgerichts u. E. jedoch zu Unrecht entgegen, wenn er wiederholt und ausdrücklich darauf hinweisen zu müssen glaubt, „dass es rechtsbegrifflich keinen Unterschied ausmachen könne, ob der Erblasser bei der Zuwendung eine Anrechnungspflicht zu einem bestimmten Betrag angeordnet habe, denn der Vermächtnischarakter bleibe der gleiche, ob nun der Erblasser durch absichtlich niedrigen Anschlag eines Grundstückes dem Bedachten einen Vermögensvorteil von 20 000 RM. vor den übrigen Erben zuwenden wolle, oder ob er dem Bedachten ein Nachlassstück im Wert von 20 000 RM. ohne Anrechnungspflicht oder gar ein Geldvermächtnis in diesem Betrag zuwendet". Nach unseren Ausführungen [192]) ist aber gerade das Gegenteil der Fall. Bestimmt z. B. der Erblasser, der 2 Söhne und 1 Tochter als Erben hinterlässt: „Das Haus A soll meinen beiden Söhnen gemeinschaftlich, das Haus B meiner Tochter erblich — etwa zum gemeinderätlichen Schätzungswert — zufallen", so kann in dieser Anordnung u. E. nur eine Teilungsanordnung erblickt werden. Dies

188) Kipp § 85 IV 1 § Planck Anm. 3 zu § 2150.
189) SeuffArch. Bd. 77 Nr. 149; Recht 1923 Nr. 671.
190) ZBLFG. Bd. 14 Nr. 108.
191) WürttZ. 1929 S. 38.
192) siehe oben S. 67.

scheint auch das Reichsgericht[193]) anzunehmen. Denn das Wort „erblich" kann einen Zweifel darüber nicht zulassen, dass die zugewiesenen Grundstücke erst bei der Auseinandersetzung des Nachlasses verlangt werden können, und deren (Schätzungs-) Wert durch Anrechnung auf die Erbteilswerte beglichen werden soll.

Inwieweit der vom Erblasser verfolgte Zweck[194]) bei der Charakterisierung einer letztwilligen Anordnung als Teilungsanordnung oder als Vorausvermächtnis mit entscheidend ist, soll nachstehend gezeigt werden:

Wendet der Erblasser seinen Abkömmlingen Gegenstände zu, so wird es unerlässlich sein, eine Untersuchung dahin anzustellen, welchen Zweck der Erblasser mit dieser Anordnung verfolgt hat. Wollte er etwa eine Gleichstellung unter seinen Abkömmlingen herbeiführen und ist dieser Wille erkennbar, so ist dadurch zum Ausdruck gebracht, dass er eine Bevorzugung des betr. Erben nicht wünschte. In der Verfügung ist alsdann nicht ein Vorausvermächtnis, vielmehr eine Teilungsanordnung nach § 2048 BGB zu erblicken. Denn bei Annahme eines Vorausvermächtnisses würde ein vom Erblasser gar nicht gewünschter Erfolg eintreten; insofern ja alsdann der mit einem Vorausvermächtnis bedachte Miterbe im Gegensatz zu den übrigen Miterben einen, dem mutmasslichen Willen des Erblassers nicht entsprechenden Vorteil auch noch dadurch erhalten würde, dass er an der Ausgleichung der Vorempfänge der nicht vorausbedachten Miterben teilnehmen würde. Bestimmt der Erblasser z. B.: „Meinem Sohn räume ich das Recht ein, mein Grundstück zu dem Preis zu übernehmen, der dem Wert des Vorempfangs meiner Tochter (2000 RM.) entspricht", so würde es einer Benachteiligung der Tochter gleichkommen, wollte man in dieser Anordnung ein Vorausvermächtnis erblikken. Will man aber dem Willen des Erblassers, der auf eine Gleichstellung der Kinder gerichtet ist, zur Verwirklichung verhelfen, so ist dies nur dadurch möglich, dass man in der Anordnung zwar ein Vorausvermächtnis erblickt, gleichzeitig aber auch eine Ausgleichungspflicht der Tochter nach dem zu vermutenden Willen des Erblassers als erlassen zu erachten hat. Diese Konstruktion erscheint u. E. aber zu gekünstelt zu sein. Vielmehr wird der einfachere und dem mutmasslichen Willen

193) RGZ Bd. 95 S. 328.
194) siehe oben S. 80.

des Erblassers eher entsprechende Weg zu wählen sein, indem man in der Anordnung eine Teilungsanordnung i. S. d. § 2048 BGB. annimmt, und die Ausgleichungspflicht als nicht weggefallen betrachtet; wie überhaupt Anordnungen des Erblassers, soweit sie die Frage der Ausgleichungspflicht berühren, vorwiegend als Teilungsanordnungen zu behandeln sind, mögen sie auch materiell zum praktisch gleichen Ziel führen, wie die Anordnung von Vorausvermächtnissen. Denn im vorliegenden Fall will der Erblasser seinem Sohn einen Vermögensvorteil ja gar nicht zuwenden; vielmehr will er ihm nur das zukommen lassen, was auch seine Tochter schon zu seinen Lebzeiten erhalten hat. Die beiden Kinder sollen unter sich gleichgestellt werden. Angenommen, der Erblasser hinterlasse ein schuldenfreies Vermögen von 20 000 RM., worunter sich das vom Sohn zu übernehmende Grundstück im Wert von 2 000 RM. befindet, so würden folgende Berechnungen anzustellen sein:

A. Bei Annahme eines Vorausvermächtnisses:

Nachlass		20 000 RM.
Hievon ab: Vorausvermächtnis zu Gunsten des Sohnes, bestehend in dem Grundstück im Wert von		2 000 RM.
Sonach verbliebe ein unter die Erben zu verteilender Reinnachlass von		18 000 RM.
Würde nun nicht zugleich die oben genannte zweite Wirkung der Anordnung: der Wegfall der Ausgleichungspflicht der Tochter angenommen werden, so wäre der ausgleichungspflichtige Vorempfang der Tochter in Höhe von		2 000 RM.
gem. §§ 2052, 2055, 2050 BGB. hier hinzuzurechnen, sodass sich der Erbteil der beiden Kinder mit ½ aus		20 000 RM.
errechnen würde.		
Dies ergäbe folgende Ansprüche:		
Sohn: Erbteil	10 000 RM.	
Vorausvermächtnis	2 000 RM.	12 000 RM.
Tochter: Erbteil	10 000 RM.	
ab: Vorempfang gem. § 2055 I BGB.	2 000 RM.	8 000 RM.

Diese Berechnung zeigt, dass auf diesem Weg eine Gleichstellung der Kinder nicht zu erzielen ist.

Dagegen würde eine Gleichstellung erzielt:

B. Bei Annahme einer Teilungsanordnung:

Nachlass	20 000 RM.
Hiezu hat die Tochter ihren Vorempfang auszugleichen in Höhe von	2 000 RM.
Dies ergibt einen unter die Erben zu verteilenden Betrag von	22 000 RM.

Hieran hat jeder Erbe zu ½ – 11 000 RM. erbberechtigt. Die Tochter erhält mithin aus dem Nachlass (11 000 – 2 000) – 9 000 RM.; der Sohn 11 000 RM., einschliesslich des Grundstücks. Damit ist unter den Kindern eine Gleichstellung erreicht.

Im Zusammenhang mit der zuletzt behandelten Frage mag noch darauf hingewiesen werden, dass bei der Beurteilung der rechtlichen Natur einer letztwilligen Verfügung als Teilungsanordnung oder als Vorausvermächtnis der Richter sich in Sonderheit die verschiedenen Wirkungen[195]) der beiden Institute vor Augen halten muss, um dann, wenn er sich eine gewisse Auslegung des Willens des Erblassers gebildet hat, darüber klar zu werden, ob überhaupt solche Wirkungen hervorzurufen dem Willen und verfolgten Zweck des Erblassers entsprachen. Kann eine Uebereinstimmung nicht erzielt werden, so wird man nicht zu Unrecht behaupten, dass bei der Auslegung ein falscher Weg gegangen wurde und deshalb ein anderer Weg einzuschlagen ist.

§ 11. Die Besonderheiten des Hineinvermächtnisses.

Es ist allgemein anerkannt, dass in einer letztwilligen Anordnung eines Erblassers, in der dieser einem Miterben bestimmte Nachlaßstücke zu niedrig bemessen Uebernahmepreisen zuweist, eine Bevorzugung dieses Miterben, in einer Teilungsanordnung also ein Vorausvermächtnis enthalten sein kann, dass aber dieser wirtschaftliche Erfolg für die Bestimmung des rechtlichen Charakters der Anordnung nicht entschei-

195) Vergl. oben S. 34 — 39 u. 61 — 73.

dend ist[196]). (Entsprechendes gilt bei höher bemessenen Uebernahmepreisen, also bei Bevorzugung der anderen Miterben). Schon die Motive[197]) haben darauf hingewiesen, dass in einer Teilungsanordnung ein Vermächtnis versteckt sein kann. Auch wir haben[198]) den Standpunkt vertreten, dass einem Miterben durch eine Teilungsanordnung mehr zugewiesen werden kann, als er nach den vom Erblasser letzwillig nach § 1937 BGB. ausgeworfenen oder nach den gesetzlichen Erbquoten erhalten würde, und wir haben vorgeschlagen[199]) diesem versteckten Vorausvermächtnis den Namen „Hineinvermächtnis" zu geben. Dass es sich bei diesem Hineinvermächtnis um ein Vorausvermächtnis im engeren Sinne nach § 2150 BGB. und nicht, wie Planck, Staudinger und der Kommentar der Reichsgerichtsräte, auch Marcuse meinen, um ein Vorausvermächtnis im weiteren Sinne handelt, glauben wir oben[200]) nachgewiesen zu haben. Die dort begründete Ansicht wird hier ergänzend gestützt auf die Ansicht des Reichsgerichts in seiner Entscheidung vom 27. Februar 1908[201]), wo gesagt ist, dass „die in einer Teilungsanordnung enthaltene Bevorzugung einen ähnlichen wirtschaftlichen Erfolg haben kann, als wenn dem Miterben ein Vorausvermächtnis in Höhe des Werts der Preisdifferenz hinterlassen wäre". In gleicher Weise drückt sich Warneyer[202]), allerdings mit dem Zusatz „ohne doch ein Vorausvermächtnis zu sein" aus. In ähnlichem Sinne, wie das Reichsgericht, drückt sich auch Engel[203]) aus, indem er sagt: ohne Zwefel wirkt sie (nämlich die in der Zuweisung enthaltene Bevorzugung) im praktischen Erfolg ebenso, als wenn dem Bedachten ein Vorausvermächtnis in Höhe der Preisdifferenz hinterlassen wäre. Zwar sprechen sich weder das Reichsgericht noch Warneyer noch Engel darüber aus, welcher Art von Vorausvermächtnis dieses

196) Leonhard §§ 2048 Anm. 1, 2150 Anm. 1; Planck § 2150 Anm. 3; RGR. Komm. § 2048 Anm. 1 Warneyer § 2048 Anm. 1; Staudinger §§ 2048 Anm. 1 Abs. 6; 2049 Anm. Abs. 3; 2150 Anm. 1 Abs. 4; Kretzschmar Sächs. Arch. f. Rpfl. 1908 S. 153 Anm. 15; Crome § 740 III Anm. 146–148; Haidlen-Mayer § 130 Anm. 22; Kress, S. 205 ff.; Stedler S. 55; Kuetgens S. 4; Rosenbauer S. 22; Engel S. 10 11; Marcuse S. 2; RG. Seuff. Arch. Bd. 63 Nr. 227; RGZ. Bd. 108 S. 83; Bay. Ob. LG. Z. Bd. 14 S. 401 ff. — Recht. 1913 Nr. 2589.

197) Motive Bd. V S. 603, 608, u. 688.

198) S. oben S. 45.

199) S. oben S. 61.

200) S. oben S. 45 ff.

201) RG. Seuff. Arch. Bd. 63 Nr. 227.

202) Warneyer § 2048 Anm. 1.

203) Engel S. 11.

Vermächtnis, das zum gleichen Ergebnis wie das Hineinvermächtnis geführt haben würde, ob ein solches im engeren oder im weiteren Sinne sein müsse, nicht aus. Doch dürfte, wenn darunter ein Vorausvermächtnis im weiteren Sinne verstanden werden wollte, dies ohne nähere Erläuterung nicht unterlassen geblieben sein, da im allgemeinen unter einem Vorausvermächtnis ein solches i. S. des § 2150 BGB. verstanden wird.

Trotz der Gegenmeinungen[204]) ist der Ansicht des Reichsgerichts in seiner Entscheidung vom 21. Februar 1924[205]), die besagt, dass in einer Teilungsanordnung zugleich ein Vorausvermächtnis in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen dem wahren Wert und dem vom Erblasser niedriger festgesetzten Uebernahmepreis des zugewiesenen Nachlassgrundstücks enthalten sein kann, beizutreten. Allerdings wird man dabei eine Einschränkung dahin zu machen haben, dass der Erblasser die Festsetzung des Uebernahmepreises, sei er höher, insbesondere aber, was in der Mehrzahl der Fälle vorkomemn dürfte, niedriger als der wahre Wert, mit Absicht und Willen[206]) vorgenommen hat, denn dies ist für die Begünstigungsabsicht mit von Bedeutung.

Das Bedürfnis der Wissenschaft, insbesondere das der Praxis, erfordert, dass die versteckte Begünstigung nach der Richtung analysiert werde, welche Bedeutung ihr im Rechtsleben zukommt, denn, wenn schon eine Begünstigung vorliegt, dann muss sie in irgend einer Form Wirkung auslösen. Da aber besondere Gesetzesbestimmungen für unser „Hineinvermächtnis" nicht gegeben sind, so liegt es nahe, die für Vermächtnisse geltenden Vorschriften zur Anwendung zu bringen. Denn das Hineinvermächtnis trägt Vermächtnischarakter, und keine, als die (im dritten Abschnitt, dritter Teil im 5. Buch) über das Vermächtnis gegebenen Gesetzesbestimmungen sind eher einer Anwendung fähig.

Wir haben schon oben[207]) betont, dass dem Hineinvermächtnis selbstständige Bedeutung nicht zukommt, also eine selbstständige Zuwendung nicht darstellt, und die Auffassung vertreten[208]), dass das Hineinvermächtnis nur zusammen mit der Verwirklichung der Teilungsanordnung sich auswirken und

204) Kuetgens S. 5; Nathan WürttZ 1929 S. 35.
205) RGZ. Bd. 108 S. 84.
206) S. oben S. 45, 46.
207) S. oben S. 59/60
208) S. oben S. 67/68.

nur dann mit anderen Vermächtnissen konkurrieren kann, wenn ein besonderer Wille des Erblassers dahin geht. Etwa in der Weise, dass der Erblasser bestimmen würde: „Meinem Sohn räume ich das Recht ein, bei der Teilung meines Nachlasses mein Grundstück um 10 000 RM. zu übernehmen, den Mehrwert erhält er als Vorausvermächtnis", und der wahre Wert des Grundstücks ist zr. Zt. des Erbfalls 15 000 RM. Es handelt sich demnach um ein bedingtes Hineinvermächtnis, bedingt durch die Verwirklichung der Teilungsanordnung. Wir haben oben[209]) auch schon dargetan, dass eine Teilungsanordnung nur dann wirksam werden kann, wenn derjenige, dem ein bestimmter Nachlassgegenstand zugewiesen ist, Erbe wird, und wenn nach Berichtigung der sämtlichen Nachlassverbindlichkeiten, auch solcher aus Vermächtnissen, etwas zur Verteilung unter die Erben übrig bleibt. Dass der betreffende Erbe Erbe bleiben muss, haben wir als ein wesentliches, der Teilungsanordnung begriffseigenes Erfordernis angesehen[210]). Dass den Erben als solchen zur Verteilung ein Ueberschuss verbleiben muss, um überhaupt auseinandersetzen und teilen zu können, ergibt sich aus § 2047 Abs. 1 BGB.: „Der nach der Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten verbleibende Ueberschuss gebührt den Erben nach dem Verhältnisse der Erbteile".

Welche weitere Bedeutung und welchen praktischen Erfolg das Hineinvermächtnis haben kann, soll im Zusammenhang mit den, von Nathan[211]) in seiner Abhandlung „Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis" niedergelegten, ihn zu einer Ablehnung der Konkurrenz von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis führenden Untersuchungen behandelt werden.

Zunächst soll die Ansicht von Kuetgens[212]) kurz gestreift werden. Er meint, dass es nicht möglich sei, eine Verfügung teilweise als Teilungsanordnung und teilweise als Vorausvermächtnis zu charakterisieren, denn für beide Rechtsinstitute gelten manche einander ausschliessende Rechtssätze. Dass Letzteres der Fall ist, mag Kuetgens zugegeben werden. Er verkennt aber, dass eine derartige Konkurrenz dadurch nur ermöglicht ist, dass das primäre Recht, die Teilungsanordnung, überhaupt besteht; die Teilungsanordnung also für das Hineinvermächtnis sozusagen das Substrat abgibt.

209) S. oben S. 68.
210) S. oben S. 84.
211) Nathan Württ 1929 S. 33 ff
212) Kuetgens S. 5.

Nathan[213]) führt den Fall an „dass eine Anordnung des Erblassers einem Miterben ein Nachlaßstück zu einem bestimmten, nach dem Willen des Erblassers günstigen Anschlag zuwendet. Der hievon betroffene Miterbe aber wünscht sich aus irgend einem Grunde den Wirkungen der Anordnung zu entziehen. Liegt eine Teilungsanordnung vor, — so meint Nathan, — so könne er dies nur durch Ausschlagung der Erbschaft erreichen; im Fall des Vermächtnisses aber könne er dies ausschlagen, ohne sein Erbrecht zu verlieren. Er fragt nun, wie es gehalten werden solle, wenn eine Teilungsanordnung und ein Vorausvermächtnis als gleichzeitig vorliegend erachtet werden"? Dem gegenüber ist das gleiche, wie der Ansicht Kuetgens gegenüber zu sagen. Ausserdem aber haben wir gesehen[214]), dass eine Scheidung zwischen berechtigenden und verpflichtenden Teilungsanordnungen zu machen ist[215]), und dass die berechtigende Teilungsanordnung ihre Wirksamkeit von der gestaltungsrechtlichen Erklärung des übernahmeberechtigten Miterben ableitet. In diesem Fall ist also im Gegensatz zu dem Fall des Vorliegens einer verpflichtenden Teilungsanordnung, eine Ausschlagung der Erbschaft nicht erforderlich. Gibt aber der betreffende Erbe eine Erklärung dahin ab, dass er von dem Uebernahmerecht keinen Gebrauch machen wolle, oder macht er von dem Uebernahmerecht keinen Gebrauch — wie sich das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 21. Februar 1924[216]) ausdrückt — so fällt das Hineinvermächtnis in sich zusammen; da ja alsdann die Teilungsanordnung, von deren Verwirklichung die Entstehung des Hineinvermächtnisses abhängt[217]), nicht zur Verwirklichung gelangen kann[218]). Bei verpflichtenden Teilungsanordnungen ist, wie schon betont, — wiewohl auch sie ein Hineinvermächtnis enthalten können — Ausschlagung der Erbschaft erforderlich, sofern nicht durch allseitiges Einverständnis der Miterben[219]) die Wirksamkeit der erblasserischen Anordnung illussorisch gemacht wird. Selbstverständlich ist es möglich, auf das Hineinvermächtnis durch Nichtgeltendmachung, etwa durch die Erklärung, dass der wahre Wert als Uebernahmepreis zu Grunde

213) Nathan WürttZ 1929 S. 36.
214) S. oben S. 26 ff.
215) Vergl. auch Rosenbauer S. 23 unten.
216) RGZ Bd. 108 S. 84.
217) vgl. oben S. 68.
218) vgl. oben S. 60.
219) vgl. oben S. 35.

gelegt werden solle, zu verzichten. Diese Möglichkeit gibt Nathan[220]) denn auch zu, wenn er sagt: „Dass bei Ausschlagung des Vorausvermächtnisses (in unserem Sprachgebrauch Hineinvermächtnis genannt) folgerichtig die Teilungsanordnung, welche ja für den Gesamtnachlass und die Gesamtheit der Erben Geltung hat, bei Bestand bleiben müsste". Die Schlussfolgerung, die er daraus zieht ist insoweit irrig, als in der Ausschlagung des Hineinvermächnisses eine Erklärung des betreffenden Miterben, von dem ihm eingeräumten Uebernahmerecht Gebrauch machen zu wollen, nicht enthalten ist. Denn sein Uebernahmerecht entsteht ja erst durch eine solche Erklärung[221]). Erklärt er aber ausdrücklich, von dem Uebernahmerecht Gebrauch machen zu wollen, dann ist die Schlussfolgerung Nathans „es müsste die Durchführung der Teilungsanordnung etwa dadurch angestrebt werden, dass der Bedachte gezwungen würde, das betreffende Nachlaßstück bei der Auseinandersetzung zu dem wahren Werte zu übernehmen" richtig, wie auch eine Durchführung einer verpflichtenden Teilungsanordnung in diesem Sinne vor sich zu gehen hat.

Nathan fragt: „Wie steht es weiter in dem von den Motiven zum BGB. (Bd. 5 S. 688 zu § 2152 des Entwurfs) angeführten Fall der Haftung für Nachlassverbindlichkeiten"? und er betont zutreffend, „dass bei Vorliegen einer Teilungsanordnung die allgemeine Erbenhaftung (§ 1967 Abs. 1 BGB.) in Ansehung des ganzen Erbteils stattfinde, im Fall des Vorausvermächtnisses aber auch der durch dasselbe begünstigte Miterbe Nachlassgläubiger ist (vergl. RGZ. Bd. 93 S. 197)" und weist auf den Inhalt der Motive[222]) hin.

Dass die Motive zum BGB. gerade diesen Fall der Entscheidung durch Wissenschaft und Praxis offengehalten wissen wollten ist allerdings bemerkenswert.

Diese Frage wird dahin zu beantworten sein, dass der Hineinvermächtnisnehmer, wie schon wiederholt bemerkt wurde, seine Rechte aus dem Hineinvermächtnis erst dann geltend

220) Nathan: WürttZ 1929 S. 37.
221) S. oben S. 27.
222) Motive Bd. V zu § 2152 Abs. 3: „Darüber, wie die Haftung der Erben sich gestaltet, wenn unter einer solchen Teilungsanordnung ein Vermächtnis sich versteckt, und mit Rücksicht hierauf ein begünstigter Erbe in Ansehung der Nachlassverbindlichkeiten beschwert ist, ob insbesondere die Gläubiger sich unmittelbar an diesen begünstigten Erben halten können, sind besondere Vorschriften nicht aufgenommen. Der Wissenschaft und Praxis vorzugreifen, dürfte nicht geboten sein."

machen kann, wenn auch die Teilungsanordnung verwirklicht wird, also nachdem sämtliche Nachlassverbindlichkeiten berichtigt sind. Solange dies nicht der Fall ist, haftet der begünstigte Miterbe nach den Grundsätzen der allgemeinen Erbenhaftung. Im übrigen wird man dem Hineinvermächtnisnehmer im Verhältnis zu den Nachlassgläubigern die oben[223]) auch dem Vorausvermächtnisnehmer eingeräumten Rechte zubilligen müssen.

Nathan fragt ferner: „Wie nun ist der Fall zu beurteilen, dass die Erbvertragschliessenden vertraglich eine Anordnung getroffen haben, die sich gleichzeitig als Teilungsanordnung und als Vorausvermächtnis darstellt? da § 2278 Abs. 2 BGB. andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen, insbesondere also auch Teilungsanordnungen von einer erbvertraglichen Bindungsmöglichkeit ausschliessen." Auch diesen Fall haben wir schon berücksichtigt[224]) und dahin beantwortet, dass eine Teilungsanordnung, sofern sie zugleich ein Vermächtnis enthalte, vertragsmässig, also mit erbvertraglicher Bindungsmöglichkeit zulässig ist. Diesen Standpunkt evrtreten auch der Kommentar der Reichsgerichtsräte und Leonhard[225]).

Nathan[226]) meint nun, „dass aus allen diesen, von ihm aufgeworfenen Zweifelsfragen nur dadurch ein Ausweg geschaffen werden könne, dass man trotz der an sich logisch gegebenen Möglichkeit in einer Teilungsanordnung unter bestimmten Voraussetzungen gleichzeitig ein Vorausvermächtnis zu erblicken, die beiden gesetzlichen Begriffe gegeneinander abgrenzt und im Fall einer Vorausvermächtnisverfügung ausschliesslich eine solche als vorliegend erachtet, dagegen als Teilungsanordnung im gesetzestechnischen Sinn des § 2048 BGB. nur eine solche Anordnung für die Auseinandersetzung gelten lässt, welche des Vermächtnischarakters entbehrt". U. E. kann dies aber über das Dilemma, wenn man von einem solchen überhaupt sprechen will, nicht hinweghelfen; vielmehr führt dies zu weiteren Zweifelsfragen. Wie soll z. B. der Fall behandelt werden, dass dem begünstigten Erben ein Nacherbe gesetzt ist? Erstreckt sich alsdann das Recht des Nacherben auf das

223) S. oben S. 71. und S. 72.
224) S. oben S. 15.
225) RGR.Komm. § 2048 Anm. 1, Leonhard § 2048 Anm. 1.
226) Nathan Württ. Z S. 37 oben.

Hineinvermächtnis (§ 2110 Abs. 2 BGB.)?[227]) U. E. sind dem Hineinvermächtnis, wenn es einmal zur Entstehung gelangt und berichtigt ist, die gleichen Wirkungen, wie dem Vorausvermächtnis zuzuerkennen. Das Hineinvermächtnis wird von einer Nacherbfolge im Zweifel nicht erfaßt; insoweit ist also ein Nacherbenvermerk im Grundbuch unzulässig; auch gilt es dem Erbschaftskäufer gegenüber im Zweifel als nicht mitverkauft (§ 2373 BGB.).[228]) Weitere Folgen des Hineinvermächtnisses ergeben sich durch die Zulassung der Anwendung der dem Vorausvermächtnis eigenen Wirkungen dahin, daß es nach § 2307 BGB. auf den Pflichtteil anzurechnen ist, und daß es bei der nach § 2092 BGB. vorzunehmenden Berechnung der Erbteilsquoten selbstverständlich gänzlich ausscheidet, da ja schon die Teilungsanordnung als solche dabei eine Berücksichtigung nicht findet.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es demnach nicht richtig, wenn die Konkurrenz der beiden Rechtsinstitute abgelehnt wird.

§ 12. Rechtsvergleichende Darstellung.

Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB.) vom 10. Dezember 1907 enthält über Teilungsanordnungen und Vorausvermächtnisse ähnliche Bestimmungen, wie unser Recht.

Wie wir die durch letztwillige Verfügung getroffenen Anordnungen des Erblasseres Teilungsanordnungen nennen, so kennt das Schweizerische ZGB. in Art. 608 die „Befugnis des Erblassers durch Verfügung von Todeswegen seinen Erben Vorschriften über die Teilung und Bildung der Teile zu machen." Allerdings mit dem Unterschied, daß, wie zwar auch unser Recht unter Verfügung von Todeswegen als dem Oberbegriff für Testament und Erbvertrag beides versteht, solche Anordnungen auch in einem Erbvertrag zu treffen, möglich ist.[229]) Auch nach Schweizerischem Recht ist die Wirkung solcher Teilungsvorschriften nur eine schuldrechtliche. Und es können Erben, wenn sie allseitig mit der Nichtbeachtung der vom Erblasser gegebenen Teilungsvorschrift einig sind, eine anderwei-

227) Diese Fragen sind mit Rücksicht auf das oben S. 46 ff. Gesagte von großer Bedeutung für den Vor- und Nacherben.

228) Vergl. hiezu die Ausführungen oben S. 45 ff.; über weitere Wirkungen des Hineinvermächtnisses vergl. S. 68.

229) Art. 608 Abs. 1, 467 und 468; Curti-Forrer Art. 608 Anm. 1.

tige Vereinbarung treffen, obwohl diese Teilungsvorschrift in Art. 608 ZGB. für die Erben für verbindlich erklärt sind.[230])

Im Einklang mit unseren Vorschriften steht das Schweizerische Zivilgesetzbuch hinsichtlich der Pflichten des Testamentsvollstreckers in Bezug auf die Einhaltung der vom Erblasser angeordneten Teilungsvorschriften. Art. 518 Abs. 2 ZGB. bestimmt in dieser Richtung: „Die Willensvollstrecker haben den Willen des Erblassers zu vertreten und gelten insbesondere als beauftragt, die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, die Vermächtnisse auszurichten und die Teilung nach den von dem Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach der Vorschrift des Gesetzes auszuführen.[231])

Die Teilungsvorschrift hat zur Folge, daß der Erbe die ihm zugewiesene Erbschaftssache auf seinen Erbteil anrechnen lassen muß.[232]) Dies entspricht dem rechtsbegrifflichen Merkmal unserer Teilungsanordnung.

Ist jedoch dem Erben durch die Teilungsvorschrift des Erblassers mehr zugewiesen, als ihm auf Grund seiner Erbquote zukommen würde, dann bestimmt Art. 608 Abs. 2, daß „bei Ungleichheit der Teile, die der Erblasser nicht beabsichtigt hat, eine Ausgleichung[233]) stattzufinden habe". Dies entspricht auch unserem Recht, in dem Fall, wo ein Miterbe einen Gegenstand zugewiesen erhält, dessen Wert den Wert seines Erbteils übersteigt und es muß in diesem Fall der Miterbe den Mehrwert in die Nachlassmasse oder durch Leistung an die übrigen Miterben (in Form von sogenannten Gleichstellungsforderungen) begleichen.[234])

Hat aber der Erblasser die Ungleicheit beabsichtigt, dann ist auch nach Schweizerischem Recht eine unserer Rechtslage ähnliche Situation (Hineinvermächtnis) geschaffen, daß nämlich insoweit eine „Disposition über den verfügbaren Teil" vorliegt, die Vermächtnischarakter hat.[235])

In gewissem Gegensatz zu unserem Recht stehen die Vorschriften des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs hinsichtlich der

230) Curti-Forrer Art. 608 Anm. 8.
231) Vergl. hiezu Curti-Forrer Art. 518 ZGB. Anm. 5.
232) Curti-Forrer Art 608 Anm. 12.
233) Nicht Collations- oder Ausgleichungspflicht: Curti-Forrer Art. 608 Anm. 5.
234) JW 1928 S. 3071.
235) Curti-Forrer Art. 608 Anm. 7. 522 Anm. 13.

Teilungsvorschriften pflichtteilsberechtigten Personen[236]) gegenüber. Während nach unserem Recht gegebenenfalls eine Teilungsanordnung überhaupt nicht als angeordnet gilt (vgl. § 2306 BGB), läßt das Schweizerische Recht Teilungsvorschriften auch mit Bezug auf den Pflichtteil zu.[237]) Hat jedoch dabei der Erblasser seine Verfügungsbefugnis überschritten, hat er also über den „verfügbaren Teil", worunter das Schweizerische Zivilgesetzbuch den Nachlaß nach Abzug des Pflichtteils versteht,[238]) hinaus verfügt, also nach unserem Sprachgebrauch das Pflichtteilsrecht eines pflichtteilsberechtigten Erben verletzt, so ist dem Pflichtteilsberechtigten durch eine in Art. 522 ZGB. zugelassene Herabsetzungsklage die Möglichkeit gegeben „die Herabsetzung der Verfügung auf daf erlaubte Maß zu verlangen". Dieser Weg führt allerdings zu ähnlichem Ergebnis wie unsere Rechtsvorschriften (vergl. § 2306 BGB.), ist aber viel umständlicher.

Auch bezüglich des Vorausvermächtnisses hat das Schweizerische Zivilgesetzbuch unseren Vorschriften ähnliche Bestimmungen aufgenommen.

In Art. 484 Abs. 1 ZGB. ist das Vermächtnis — in genau gleicher Weise, wie unser § 1939 BGB. lautet — dahin definiert: „Der Erblasser kann einem Bedachten, ohne ihn als Erben einzusetzen, einen Vermögensvorteil als Vermächtnis zuwenden". Es muß sich danach ebenfalls um eine Einzelrechtsnachfolge handeln.[239]) Der Vermächtnisanspruch hat auch nach Schweizerischem Recht nur schuldrechtliche Wirkung (Art. 485 ZGB.). Das nach unserem Sprachgebrauch Vorausvermächtnis genannte Vermächtnis an einen Erben hat das Schweizersiche Zivilgesetzbuch als „Vorvermächtnis" dahin umschrieben, daß es in Art. 486 Abs. 3 ZGB. sagt:„ Hat der Erblasser ein Vermächtnis zu Gunsten eines der gesetzlichen oder eingesetzten Erben aufgestellt, so kann dieser es auch dann beanspruchen, wenn er die Erbschaft ausschlägt." Danach ist im Gegensatz zu unserem Recht eindeutig zum Ausdruck gebracht, einerseits, daß es sich bei dem Vermächtnis — auch Prälegat genannt — um eine

236) Der Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen ist nach Schweizerischem Recht auf die Geschwister des Erblassers erweitert [Art. 470 ZGB], wobei aber in Art. 472 ZGB eine Einschränkung dahin zugelassen ist, daß kantonales Recht das Pflichtteilsrecht der Geschwister aufheben, oder auf die Nachkommen der Geschwister ausdehnen kann.

237) Curti-Forrer Art. 471 Anm. 2

238] Derselbe: Art. 474 Anm. 1.

239) Curti-Forrer Art. 484 Anm. 2 u. 5.

selbständige Zuwendung handelt;[240]) es bedurfte nicht des Weges einer Fiktion (wie § 2150 BGB.), andererseits, daß es keiner Auslegung bedarf, ob nicht etwa im Zweifel das Bestehen des Vorausvermächtnisses von der Erbeinsetzung abhängig sei. Ein Vorvermächtnis an den Alleinerben scheint nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch nicht möglich zu sein.[241]) Schlägt der Miterbe die Erbschaft aus, dann kann er vom Nachlaß nur die vermachte Sache erhalten; während er ohne Ausschlagung diese neben seinem Erbteil, ohne Anrechnung auf diesen, erhält.[241])

Nach unserem Recht ist es, wie wir dargelegt haben, eine reine Auslegungsfrage, ob eine letztwillige Verfügung des Erblassers als Teilungsanordnung oder als Vorausvermächtnis charakterisiert wird, und es ist nicht immer leicht, die richtige Feststellung zu treffen. Dieser Schwierigkeit hat sich das Schweizerische Zivilgesetzbuch daurch entzogen, daß es in Art. 608 ZGB. folgende Auslegungsregel geschaffen hat: „Ist nicht ein anderer Wille des Erblassers aus der Verfügung ersichtlich, so gilt die Zuwendung einer Erbschaftssache an einen Erben als bloße Teilungsvorschrift, und nicht als Vermächtnis".

Auch bei der oben[242]) zitierten Herabsetzungsklage ist eine Auslegungsregel in dem mit dem Absatz 3 des Art. 608 ZGB. nahezu wörtlich übereinstimmenden Art. 522 Abs. 2 ZGB. gegeben: „Enthält die Verfügung Bestimmungen über die Teile der gesetzlichen Erben, so sind sie, wenn kein anderer Wille des Erblassers aus der Verfügung ersichtlich ist, als bloße Teilungsvorschriften aufzufassen". Diese letztere Auslegungsregel hat die Wirkung, daß der Erbe sich die Sache auf seinen Erbteil anrechnen lassen muß.[243])

Im Gegensatz zu unserem Recht kennt das Schweizerische Zivilgesetzbuch eine ergänzende Auslegung des Erblasserwillens nicht. Der Wille muß vielmehr aus dem Erbvertrag oder der letztwilligen Verfügung selbst entnommen werden.[244])

Nach diesen Auslegungsregeln ist die Zuweisung einer Erbschaftssache immer nur eine Teilungsvorschrift, wenn nicht der Wille des Erblassers auf Vermächtniszuwendung, was aber, wie

240) Curti-Forrer Art. 486 Anm. 14; Marcuse S. 5; vergl. aber auch oben S. 79.
241) Curti-Forrer Art. 486 Anm. 15; Art. 608 Anm. 13.
242) S. oben S. 101.
243) Curti-Forrer Art. 608 Anm. 12.
244) Curti-Forrer Art. 522 Anm. 14.

gesagt, aus der Verfügung von Todeswegen zu entnehmen sein müßte, gerichtet war.[245])

Diese Auslegungsregeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs lassen meist von vornherein schon einen Streit über die Charakterisierung der letztwilligen Verfügung gar nicht aufkommen. Jedenfalls ist durch ihre Aufnahme in das ZGB. ein die Entscheidung wesentlich vereinfachendes Moment dadurch geschaffen, daß der Richter die Auslegung des Erblasserwillens nur aus der Verfügung von Todeswegen, nicht aus anderen Momenten schöpfen darf; eine Vereinfachung, die, in unser Recht einzuführen, de lege ferenda wohl zu überlegen wäre.

Das Oesterreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) vom Jahre 1811, ergänzt durch 3 Novellen von 1914, 1915 und 1916 geht im allgemeinen den gleichen Weg, wie unser Recht. Es kennt neben der gesetzlichen Erbfolge diejenige auf Grund Testaments und diejenige auf Grund Erbvertrags. Das ABGB begreift aber unter letztwilliger Verfügung nicht, wie unser Recht: Testament und Erbvertrag, vielmehr nur das erstere, einschließl. der gemeinschaftlichen, nur Ehegatten zugänglichen Testamentsform. (§ 1248). Unter einem Testament versteht man nach der österr. Gesetzessprache: „Die Anordnung, wodurch ein Erblasser sein Vermögen, oder einen Teil desselben einer oder mehreren Personen widerruflich auf den Todesfall überläßt". Außerdem aber kennt das ABGB eine weitere Form der Erklärung des letzten Willens: Das Codizill. Dies ist eine „letzte Anordnung, die nur andere Verfügungen als Erbeinsetzungen enthält". (§§ 552, 553 ABGB). Den Erbvertrag, der nur unter Ehegatten zugelassen ist (§ 602 ABGB), anerkennt das österr. Recht zutreffend als letztwillige Verfügung nicht an. Denn bei dem Testament (auch bei dem gemeinschaftlichen Testament)[246]) ist nach der bereits citierten Vorschrift rechtsbegrifflich die Widerruflichkeit notwendig. Widerruft der Erblasser sein Testament nicht, so kommt dadurch zum Ausdruck, daß das Testament seinen letzten Willen enthalte. Bei dem Erbvertrag ist die Möglichkeit des Widerrufs grundsätzlich nicht gegeben (§ 1254 ABGB), weshalb ihm auch mit Recht die Bedeutung einer letztwilligen Verfügung im eigentlichen Sinne abgesprochen wird.[247])

245) Curti-Forrer Art. 608 Anm. 9.
246) vgl. § 1248 a. E. ABGB.
247) Ehrenzweig § 508 Z. 3.

Danach ist also eine vertragliche Bedingungsmöglichkeit weder für Vermächtnisse noch für Teilungsanordnungen, mögen diese auch eine Bevorzugung eines Miterben enthalten, möglich. Solche Anordnungen müssen in Testamenten, Codizillen oder aber einseitig im Erbvertrag als frei widerrufliche Bestimmungen getroffen werden. Dies steht im Gegensatz zu unserem Recht und zu der von uns oben[248]) vertretenen Ansicht.

Aehnlich dem schweizerischen Recht ist auch im österr. Recht, allerdings nicht zum Schutze Dritter, vielmehr im Interesse des Erblassers eine Bestimmung aufgenommen, wonach diesem beim Abschluß eines Erbvertrags „ein reiner Vierteil" zu seiner freien letzten Anordnung vorbehalten bleiben muß (§ 1253 ABGB). Unter diesem „freien Vierteil" ist der Teil zu verstehen, der nach Ausscheidung der Nachlaßschulden und ev. Pflichtteilsansprüche[249]) aus dem Aktivnachlaß verbleibt.[250]) Eine erbvertragliche Bindung hinsichtlich dieses Teiles ist also kraft positiver Vorschrift verboten.[251]) Dieses Verbot kann aber dadurch umgangen werden, daß der Erblasser in einseitiger, allerdings jederzeit frei widerruflichen Weise, in dem Erbvertrag über diesen Vierteil zu Gunsten des anderen Ehegatten verfügt, oder aber dadurch, daß er ein Testament mit dem genannten Inhalt errichtet. Das gen. Verbot steht mit unserem Recht in gewissem Gegensatz, insofern, als wir eine Testierfreiheitsbeschränkung nicht kennen.

Auch nach österreichischem Recht ist der Erblasser in der Lage, über die Art der Teilung Bestimmungen zu treffen, insbesondere eine Zuteilung der Erbschaft in Form von Erbeinsetzungen (§§ 554 ff. ABGB), Bestimmung von Erbteilen, Einräumung von Uebernahmerechten, Zuweisung von bestimmten Gegenständen auf den Erbteil u. a. vorzunehmen. Die Einräumung eines Uebernahmerechts, das auf Uebernahme des ganzen Nachlasses oder nur einzelner Bestandteile desselben gerichtet sein kann, und das der Erblasser von der Zahlung einer Abfindungssumme abhängig machen kann, wird in Oesterreich als „Aufgriffsrecht" bezeichnet. Es hat, wie jede Teilungsanordnung

248) s. o. S. 15.
249) Pflichtteilsrecht haben Kinder und Eltern: § 762 ABGB.
250) Ehrenzweig § 508 S. 451.
251) Derselbe § 508 S. 452. N. 24.

nur obligatorische Wirkung und verpflichtet die Erben nur gegenseitig untereinander,[252]) wie in unserem Recht.

Neben diesem von dem Erblasser eingeräumten Uebernahmerecht ist in einigen Ländern Oesterreichs auf Grund des Reichsgesetzes vom 1. April 1889 (RGBL Nr. 52) bei der „bäuerlichen Erbfolge" ein gesetzliches Uebernahmerecht auf Grund Anerbenrechts eingeführt worden,[253]) das einem Miterben ermöglicht, das Bauerngut — nicht aber gegen seinen Willen — zu übernehmen. Dieses Recht gleicht der in unser Recht aufgenommenen Bestimmung von der Uebernahme eines Landguts nach § 2049 BGB. Beide Bestimmungen verfolgen den Zweck, Bauerngüter vor Zersplitterung und vor Ueberschuldung zu bewahren.

Aber auch nach österr. Recht ist erforderlich, daß beim Vorliegen einer Teilungsanordnung der Betreffende Erbe wird. Miterbe aber ist nur der, dem ein in Beziehung auf die ganze Verlassenschaft bestimmter Bruchteil hinterlassen ist. In Gegensatz hiezu stellt das ABGB in § 535 das Vermächtnis: „Wird jemanden kein solcher Erbteil, der sich auf den ganzen Nachlaß bezieht, sondern nur eine einzelne Sache, eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung; eine Summe, oder ein Recht zugedacht; so heißt das Zugedachte, obschon dessen Wert den größten Teil der Verlassenschaft ausmacht, ein Vermächtnis (Legat), und derjenige, dem es hinterlassen ist, ist nicht als ein Erbe, sondern nur als ein Vermächtnisnehmer (Legatar) zu betrachten". Es kann also auch ein sog. „Aufgriffsrecht" Gegenstand eines Legats sein.[254])

Ist ein solches Vermächtnis einem Erben zugewendet, so gilt auch nach österr. Recht die Zuwendung in vollem Umfang als Vermächtnis. § 648 ABGB umschreibt das Vorausvermächtnis (Prälegat): „Der Erblasser kann auch einem oder mehreren Miterben ein Vermächtnis vorausbestimmen, in Rücksicht desselben sind sie nur als Legatare zu betrachten." Auch das ABGB hat den Weg der Fiktion gewählt; ebenso ist auch nach österr. Recht dem Vorausvermächtnis, wie dem Vermächtnis überhaupt nur obligatorische Wirkung beigelegt, und es wird als ein neben dem Erbrecht einhergehender selbständiger Anspruch betrachtet, weshalb auch, wie nach unserem Recht, die

252) Ehrenzweig § 512 IV.
253) Ehrenzweig § 489 S. 362
254) Ehrenzweig § 517 Z. 2. S. 499.

Ausschlagung des Vorausvermächtnisses ohne Verlust des Erbrechts, wie auch umgekehrt möglich ist.[255]) Wie auch in unserem Recht kann einem Alleinerben ein Vorausvermächtnis zugewendet werden.[256]) Auch ist dem Vorausvermächtnis nach österr. Recht die gleiche praktische Bedeutung zuerkannt, wie in unserem Recht: So gilt insbesondere das einem Vorerben zugewendete Vorausvermächtnis nicht als ein Teil der von diesem angetretenen Erbschaft (§ 608 ABGB), unterliegt also nicht dem Rechte des Nacherben; ferner ist ihm, wenn die ganze Erbschaft durch Vermächtnisse erschöpft ist, die Möglichkeit gegeben, als Prälegatar mit den genannten Ansprüchen zu konkurrieren, selbst wenn er als Erbe nichts erhielte, und zwar genau, wie unser Recht, auch mit dem Teil, der auf den Vorausbedachten selbst entfiele. (§§ 648, 690 ABGB); endlich, gleich unserem Recht, nimmt das Vorausvermächtnis beim Erbschaftskauf eine Sonderstellung auf Grund der Bestimmung des § 1279 ABGB ein, wonach — allerdings im Gegensatz zu unserem Recht, das nur eine Auslegungsregel gibt – positiv bestimmt ist, „daß der Erbschaftskäufer auf Sachen, die dem Verkäufer nicht als Erben, sondern aus einem anderen Grunde, z. B. als Vorausvermächtnis, als ... gebühren, und ihm auch ohne Erbrecht gebührt hätten, keinen Anspruch hat".

Auch nach österreichischem Recht ist es eine Tat- und Auslegungsfrage, ob eine „letzte Anordnung" eine Teilungsanordnung oder ein Vorausvermächtnis darstellt. Auch hier kommt es auf den Willen des Erblassers an. Geht dessen Willen darauf, daß die Zuwendung eines in dem oben[257]) citierten § 535 ABGB aufgeführten Gegenstandes auf den Erbteil des betr. Miterben angerechnet werde, so ist auch dies nach österr. Recht als Teilungsanordnung, die allerdings, wie schon[258]) oben bemerkt wurde, unter der nicht empfehlenswerten Bezeichnung „Hineinvermächtnis" bekannt ist, zu erachten. Der Miterbe erwirbt diese Zuwendung alsdann nicht als Vermächtnisnehmer sondern in seiner Eigenschaft als Erbe. Mit Recht betont Ehrenzweig,[259]) daß das in der österreichischen Rechtssprache so benannte „Hineinvermächtnis" kein Vermächtnis, sondern eine Teilungsanordnung ist.

255) Derselbe § 518 II S. 503; vgl. auch § 1279 ABGB.
256) Derselbe § 517 N. 23 a.
257) s. oben S. 104 u. 105.
258) s. oben S. 61.
259) Ehrenzweig § 517 III 2. S. 502.

Im Gegensatz zu unserem Recht ist es nach österr. Recht nicht möglich, in einer Teilungsanordnung zugleich ein Vermächtnis als enthalten zu erblicken; dort hat sich vielmehr in der Praxis bis in die neueste Zeit hinein der in einer Entscheidung des k. k. Obersten Gerichtshofs vom Jahre 1854 entwickelte Satz, „daß in der Zuwendung an einen Miterben im Zweifel nicht ein Prälegat, sondern Zuweisung auf den Erbteil anzunehmen sei" erhalten.[260]) Demnach schließen sich die beiden Rechtsinstitute: Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis nach österr. Recht gegenseitig aus.

260) Schey Anm. zu § 648 ABGB; die dort näher citierte Entscheidung stützt sich zu ihrer Begründung auf § 649 ABGB, wonach die Vermächtnisse in der Regel allen Erben zur Last fallen.